

夫婦同氏原則の法的変遷からみる制度変化 ——通称使用の法的保護と選択的夫婦別姓の実現可能性——

竹内 瑞希
(松尾研究会 4年)

序 論

- I 夫婦別姓をめぐる議論の変遷
 - 1 日本における夫婦同氏原則
 - 2 夫婦別姓を求める社会的変動
 - 3 法改正の機運と挫折
 - 4 判例の変遷
- II 通姓による別氏
 - 1 通姓使用の意義
 - 2 東京地裁平成5年11月19日判決
 - 3 通姓の普及と国民の意識の変化
- III ドイツの夫婦同氏制度改革との比較
 - 1 1957年男女同権法による民法改正
 - 2 1976年民法改正
 - 3 1976年改正以降の判例の変遷
 - 4 1993年民法改正
 - 5 ドイツの法制度変遷の小括と日本の制度変化への示唆
- IV 選択的夫婦別氏制の意義と課題
 - 1 氏をめぐる日独の制度変化の比較
 - 2 夫婦別氏制の理論的根拠
 - 3 夫婦同氏原則の今後の展望

序 論

近年、女性の社会進出や晩婚化・非婚化、さらに少子・高齢化の進行や生殖・医療技術の発展等によって、日本社会における家族の形が大きく変容している。近代法的家族像である両親と未婚の子で構成された核家族は減少し、夫婦のみの家族、片親と子による家族、事実婚、同性同士のパートナーなど、多様化・細分化している。

このような社会の変化に伴い、家族を規定し保護する法制度も再考を迫られている。非嫡出子の法定相続分や女性の再婚禁止期間等、家族法における重要な判例がここ数年で相次いで出ているのはその表れであるといえる。民法750条の定める夫婦同氏原則については、2015年末、最高裁が多くの補足意見や反対意見等を付されながらも合憲との判断を示した¹⁾。

夫婦同氏原則とは、婚姻に際し夫婦が共通の氏を称するという原則で、夫婦およびその未婚の子や養親子が同一の氏を称することは、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとされる。しかし、婚姻の際に必ず一方配偶者が婚姻前の氏を変更することが求められるため、その者が氏の変更にかかる諸不利益を被ることになるとして問題になっている。この夫婦同氏原則の代わりに、当事者の希望によって夫婦の氏を定めてもよいし、双方が婚姻前の氏を維持してもよいとする選択的夫婦別氏制度を導入すべきだとする意見がある。このような夫婦別氏制度をめぐる問題は、1980年代頃から活発に議論されるようになり、1996年には法制審議会が「民法の一部を改正する法律案要綱」をまとめたが、立法に至らなかった。その後も議論は繰り返されたが、現在は法改正への動きは沈静化したようにも見える。その一方で、日常的に通称として旧姓を使用することは、徐々に認められるようになってきた。

そこで、本論文は、家族の形が多様化する現代の日本社会において、夫婦同氏原則がどのように変容してきたのか、今後どのように変化するのか、について考察することを目的とする。第1章では、日本における夫婦の氏の制度と、社会的背景との関連を明らかにし、夫婦同氏原則をめぐる判例の変遷を整理する。第2章では、通姓の使用の判例を取り上げ、夫婦同氏原則をめぐる議論における通姓の立ち位置を明らかにする。第3章では、選択的夫婦別姓制度について日本と同様の議論を経たドイツの法制度の変遷を取り上げ、法制度の変遷を概観する。第

4章では日独の制度改革や判例の変遷を比較検討し、夫婦別氏制度の法的根拠や、人格権の一部とされる氏名権、あるいはその法的利益をめぐる判例の理論的展開から、制度変化の過程を考察する。その際、通称の使用が普及し、法的に認められることは、夫婦同氏原則あるいは選択的夫婦別姓導入に影響を及ぼしうるのか、という点についても合わせて検討する。その上で、家族の形が多様化する現代の日本社会が氏をめぐる制度変化の実現の過程にあるのか、もしそうであるならばどのようなことがきっかけで氏の制度が改正されるか、今後の展望を模索する。

なお、日常用語では、氏の同義語として「姓」や「苗字」、「名字」等の呼称がある。時代によって一定範囲の親族や職業など各言葉の指す共同体が異なる場合があるが、現代は、氏は法律用語として、姓は慣用的に使用される²⁾。本論においては原則「氏」を用い、引用文献で使用されている場合や文脈上の都合によって「姓」を用いるが、意味は「氏」と同じくするものとする。

I 夫婦別姓をめぐる議論の変遷

1 日本における夫婦同氏原則

日本では、フランス民法の影響をうけて起草された1890(明治23)年の民法人事編において、家督相続や戸主権等を定めた「家制度」が構築された。この旧民法草案が施行延期され、1898(明治31)年に制定された「民法 親族・相続編」では、家父長的な「家制度」がさらに強化され、妻の「無能力」(行為能力の否定)等の義務が定められた³⁾。この明治民法で、戸主とその家族は家の氏を名乗ることとされ、夫婦は同じ氏を称するという制度が採用されたことで、夫婦が同じ氏を名乗り、かつその氏は夫の氏であるという慣行が定着した⁴⁾。

第2次世界大戦後、1946年に制定された日本国憲法は、国家と家族の基本原則を一新した。憲法24条は、13条の個人尊重原則や14条の平等原則の規定をうけて、1項に婚姻の自由と夫婦同等の権利を、2項に、婚姻や家族に関する法律が個人の尊厳と両性の本質的平等にもとづいて制定されなければならないことを定めた⁵⁾。これを受けて1947年に民法の親族・相続編が改正され、戦前の家制度を廃止し、夫婦の氏の決定や離婚の際の財産分与については当事者の協議を優先させた、個人主義的色彩の強い制度が採用された。このような改正を辻村氏は「『柔軟性』と『先取り性』を特徴とする」⁶⁾と評価する一方で、「親族の扶養義務や祭祀承継に関する規定など、運用次第では、旧来の家制度や家意識が存続される可

能性が残った。』⁷⁾と指摘する。

民法750条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」と規定し、夫婦が統一の氏を選択すべきことを定めている。婚姻が有効に成立すると婚姻の効力が生じるが、婚姻の効力は、身分上の効力と財産上の効力に分けられ⁸⁾、民法750条に規定される夫婦同氏原則は、婚姻によって生じる身分上の効力の一つに位置付けられる。しかし、配偶者双方が、氏の選択について合意できなかった場合の対応については、現行民法には規定がない⁹⁾。一方、戸籍法74条は、婚姻届の記載事項に「夫婦が称する氏」を定めているため、「合意が成立しない、ないしは、同氏にしたいくない婚姻希望者は、記載ができず、婚姻届を提出することができない、つまり婚姻できないこととなる」¹⁰⁾ため、夫婦同氏原則が婚姻の効力ではなく形式的要件となり、婚姻の成立を妨げる可能性がある。

この戦後家族法は、起草時より夫婦・親子からなる核家族の同氏共同体を想定している。憲法に婚姻・家族の保護条項のない日本では「家族」自体の特権化が問題になることは少ないが、抽象的平等の法規制の下、男性優位の婚姻とそれによる法律婚の家族のみが保護され、性別分業（夫婦間の扶養－被扶養関係）の固定化が助長されてきたとの指摘もあり、実質的平等の確保の実現には至っていないといわれる¹¹⁾。氏については特に夫婦同氏原則が維持されたことについて、辻村氏は「結婚披露宴に際して個人名でなく両家の名で開催されるなど、冠婚葬祭における家意識・家中心の慣行が存続されている実態もある。」¹²⁾と述べ、制度だけでなく文化的にも家制度の名残ともとれる慣習が根強く維持されていることを指摘する。

もっとも、民法750条は、男女のいずれかを差別する規定とはなっておらず、形式的平等違反の規定ではない。しかし実際には、約96%の夫婦が夫の氏を選択しており、旧姓の維持をのぞむ女性などが事実婚を選ぶ例も生じている。

2 夫婦別姓を求める社会的変動

本節では、夫婦同氏原則が見直されるようになった社会的背景を明らかにする。第1項では国内の家族像の変容の過程を追い、第2項では、日本の制度および世論に影響を与えた世界的な人権条約である女性差別撤廃条約について取り上げる。

(1) 国内の家族観の変容

戦後の家族法改革後、日本の家族をめぐる状況は大きく変化した。1946年から1950年代前半まで戦後家族改革が進行するが、その反動で1950年代には早くも家族制度復活論が台頭しており¹³⁾、個人主義を基調とした家族法制度がまだ定着していないことが窺える。

1950年代後半から1970年代前半は、高度経済成長とともに進んだ核家族化の影響で、「日本型の女性の自立傾向（専業主婦化による妻の座権の向上の反面、女性の人権や実質的平等の点では不十分な自立）」¹⁴⁾が認められた。これにより、夫が外で働き、妻が内で支えるという社会全体と家族内での性別役割分業や、女性のM字型就労形態が固定化され、封建的な家制度の復活を求める改憲案の主張はなくなった。新憲法下の近代型家族像が日本社会に適合する形で受け入れられ、定着したといえる¹⁵⁾。

1970年代後半から1980年代は、それまでの家族の形が大きく変容し始めた時期である。例えば、女性の社会進出が進み、労働力率が上昇したことで、女性が性別役割分業の矛盾を自覚し始めるようになった。働き方やライフ・スタイルの変化、離婚率の上昇、少子化の進行、未婚者・単身赴任の増加等によって母子家庭・父子家庭の増加が認められ、家族の多様化と解体傾向が始まった。その結果、核家族の増加率が1975年までは12.2%であったのに対して、1985年以降減少に転じた。この時期は、世界的にも女性差別撤廃条約や子どもの権利条約の採択など、国連を中心とした国際的人権条約が進展したが、このような世界的な潮流と日本国内の社会の変化が相互に影響しあい、家族法制のあり方を見直す議論が生まれた。再婚禁止期間を定める733条や夫婦同氏原則の強制を規定する民法750条が憲法24条2項や女性差別撤廃条約16条に反するとして、多くの訴訟が提起されたのもこの時期である¹⁶⁾。

1990年代以降も、晩婚化・非婚化の進行による少数家族化、家族の多様化の傾向が続いた¹⁷⁾。特に女性の晩婚化と高学歴化、就業率の上昇が続き、共働き家庭が増加したことで、現行民法が当初想定していた「性別役割分業に従事する夫婦と未婚の子による核家族」という近代型家族像と、現実の家族の実態はますます乖離するようになった。このような傾向は現在も続いており、厚生労働省の人口動態調査によれば、平均初婚年齢が、1980年には夫が27.8歳、妻が25.2歳だったのに対し、2011年には夫30.7歳、妻29.0歳と高くなっている。生涯未婚率が男性は1980年には2.60%だったが2010年には20.14%と約8倍になった。女性も、1980

年には4.45%だったのに対し、2010年には10.61%と約2.4倍増加している¹⁸⁾。戦後の第一次ベビーブームの1949年には4.32だった合計特殊出生率は2014年には1.42となり少子化が進んでいる¹⁹⁾。

また、このような社会の変化に伴い、従来の性別役割分担に対する人々の意識にも変化が生じてきた。旧総理府・現内閣府の意識調査によると、「夫は外で働き、妻は家庭を守る」という考え方について1973年は男女ともに「賛成」「どちらかといえば賛成」の合計が7割を超えていた。しかし、2002年には「反対」「どちらかといえば反対」を選ぶ人が男性の42.1%、女性の51.1%に上り、女性は反対派が賛成派を上回った。2014年には女性の51.6%が「反対」「どちらかといえば反対」と回答し、43.2%が「賛成」「どちらかといえば賛成」と回答した。男性は「賛成」「どちらかといえば賛成」と「反対」「どちらかといえば反対」とともに46.5%と拮抗した²⁰⁾。

このような家族の急激な変容に直面し、1991年から民法改正作業が行われた。それまで「『時代先取り性』を保ってきた家族法が、ついに時代に追いつかれることになった²¹⁾」のである。法制審議会民法部会身分法小委員会は1991年に改正作業を開始し、1994年に民法改正要項試案を発表した。そして1996年には「民法の一部を改正する法律案要綱」が答申された。この要綱では、選択的夫婦別姓制度の導入に加え、5年間の別居による離婚制度の導入や婚外子の相続分平等化、再婚禁止期間の100日への短縮などが含まれていたが²²⁾、国会の審議を経ることなく廃案となった。この1996年民法改正要綱については、本章第3節において詳述する。

1996年の民法改正案要綱はその後15年近くたっても実現されなかったため、国連の女性差別撤廃委員会は、2009年8月に提示された日本政府第6回報告に対する総括所見のなかで、民法731条（婚姻適齢）・733条・750条の改正を要請している。これをうけて、2009年8月の総選挙による政権交代で成立した民主党政権によって民法改正を実施する方針が示された。しかし、2011年3月の東日本大震災の影響で家族法改正に国民の関心が向くことはないまま再び自民党に政権が戻った。2012年4月に発表された自民党憲法改正草案では、「家族は互いに助け合わなければならない」（24条2項後段）という規定が追加されたが、辻村氏は「現行憲法24条のリベラルな性格が後退していることが窺える。」²³⁾と述べ、個人の尊厳と男女の実質的平等を実現する家族法の改正の機運が遠のいたと評価している。

(2) 国連「女性差別撤廃条約」と国際的要請

国連は、1945年10月に発効された国連憲章で男女平等と女性の権利保障への決意を示している。また、1946年に「夫人の地位委員会」が設置され、1967年に「女性差別撤廃宣言」が発表された。しかし、これらはいくまで一般的な性差別禁止の表明だったため、さらに、同テーマについて体系的・包括的な性差別禁止条約の制定を決議し、1979年、前文と30カ条から構成された「女性に対するあらゆる形態の差別撤廃に関する条約（女性差別撤廃条約）」が採択された²⁴⁾。

この条約には、性差別の定義・例外や性差別の撤廃の射程・方法等について具体的に示してあり、また、「女性の権利確立の観点」²⁵⁾から、「単なる男女平等・性差別撤廃という目的をこえて、より具体的に（男性と平等な条件で）政治的・経済的・社会的活動における諸権利を女性に対して明瞭な形で保障した」²⁶⁾点において重要な意義があったといえる。例えば、16条は、「婚姻中及び婚姻解消の際の同一の権利」「子に関する事項についての親としての同一の権利」「子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任を持って決定する同一の権利」「夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む）」等、女性または妻の個人的権利として保障される権利を列挙している。この中には、ファミリー・ネームを選択する権利（rights to choose a family name）についても言及されており²⁷⁾、同権利が女性または妻の人格的権利・利益として保護されるべきものと規定している。

また、本条約には、女性差別撤廃の実効性を担保する措置として、国家報告制度（締結国から国連への報告義務）（18条）、女性差別撤廃委員会の設置と勧告制度（17・19～22条）が定められ、条約の国内的適用を義務づけるために、締結国は必要な措置をとることを約束するとした（24条）²⁸⁾。さらに国連は、この条約の実効性を高めるために、国際人権規約でも採用された個人通報制度と、調査制度の導入を主要な内容とする選択議定書を1999年10月国連総会で採択し、2000年12月に発効した。本条約の締結国は、189カ国（2016年現在）となり、選択議定書には、2016年3月現在で106カ国が署名した²⁹⁾。

日本は、本条約に1980年に署名し、1985年に批准した後、1986年の雇用機会均等法制定や1990年の育児休業法制定など、条約に合わせて国内法の整備を進めてきた。また、1997年には雇用の際に採用の男女差別を禁止し、1999年には初めての統括的性差別禁止法となる男女共同参画社会基本法を制定した。しかし、日本のこのような法整備は世界的に見ると遅れており、辻村氏は「国連や各国がたどってきた過程を経ずに、すなわち、女性差別撤廃と女性の人権論についての十

分な理論化も、条約を実効化する担保もなしに、いわば一周遅れで、日本は男女共同参画社会基本法を制定して追いついたわけである。』³⁰⁾と、男女共同参画社会基本法の制定に至るまでの過程について批判している。さらに、女性差別撤廃条約の国内での実効性についても疑問視されており、女性差別撤廃委員会の2009年8月の総括所見等で、民法733条・750条等の改正について強い勧告をうけるなど、国際機関から女性の権利実現に向けた取り組みの遅れについて、再三の指摘を受けている³¹⁾。なお、日本は、選択議定書には、署名も批准もしていない。

3 法改正の機運と挫折

前節では、夫婦別氏制度を求める内的要因として、日本国内の家族像の変容を概観した。また、外的要因として国際的な人権規約の進展および世界諸国と足並みを揃えるよう促す国際機関の要請を取り上げた。本節では、そのような、立法論として夫婦別氏の実現を望む国内外からの世論に後押しされる形で始まった民法改正作業とその課題について論じる。

(1) 1976年民法改正（離婚後の婚姻時の氏の使用）

「夫婦別姓」という考え方が一般的に知られるようになり、議論されるようになったのは、1980年代からである。この時期は、高度経済成長が国際化の進展を伴って、ほぼ頂点に達した時期に重なり、職場で働く女性が一気に増加した頃でもある。日本が女性差別撤廃条約を批准したり男女雇用機会均等法を制定したりする時期にはやや早いものの、女性の社会進出が進み、働く女性が氏名のもつ社会的な意義を自覚するには十分な時間が経ったころといえる³²⁾。

この時期に先立って、1976年の民法改正によって、結婚に際して氏を変えた配偶者は、離婚した後でも正式に婚姻中の氏を継続できることになった（民法767条2項）。1976年の民法改正以前は、離婚すれば復氏することが原則であったため、離婚したことを周囲に隠す必要から、しばしば婚姻中の氏を事実上継続して使用していた。結婚によって姓を変えるのはほとんどが妻であるため、この法改正は働く女性のために必要な措置と考えられたことが窺える。

この改正によって、夫婦別氏制度への期待が高まった。なぜなら、職場で働いている最中に、離婚して姓が突然変わることが不都合であると認められるならば、結婚によって従来からの氏名を変えなければならない不都合も同様に取り除かれるべきではないか、と考えられたからである³³⁾。さらに、この時期は、夫婦別氏

制の議論が多くの人々の関心を集める出来事が多く起きた。1984年には戸籍法が改正され、外国人と結婚した者の氏の変更に関する規定が加わり、外国人の氏が日本の戸籍に記載されるようになった。その結果、それ以前は異国籍婚については夫婦別氏の選択肢しかなかったが、当事者の意思で夫婦の氏を同じとするか別の氏を称するか、選択が可能となった（戸籍法107条2項）。1985年には、日本が国連の女子差別撤廃条約を批准し、1988年には国立大学の女性教授が通姓使用を求めて訴訟を提起した。1989年には別姓で婚姻届を提出し、不受理処分を受けた夫婦が処分の取消しを求めて訴訟を提起した。これらの訴訟については本章第4節および第2章で詳述する。このような社会的背景を受け、1991年に法務省による「婚姻及び離婚制度の見直し審議」が始まったのである。

（2）1996年法制審議会「民法の一部を改正する法律案要綱」

もともと、法制審議会の「改正要綱試案」（1994年7月）の段階では、A、B、Cの三案が示されていた。A案は同氏を原則として別氏を例外として承認する案、B案は婚姻に際して夫婦は同氏を定めることができると規定することで別氏が原則であることを示す案、C案は従前どおり同氏制を維持し、婚姻により氏を改めた配偶者が婚姻前の氏を「呼称」（氏ではない）として使用することを承認する案である³⁴⁾。これらの試案には各界から多くの意見が寄せられ、1996年要綱案が完成した。

C案は、家族のあり方として同氏共同体を志向する人々に支持されたが³⁵⁾、「呼称」の概念が氏の理論を複雑化することや、制度上、なお一方配偶者が氏を改める必要があり、個人の氏に対する人格的利益の保護に十分でないとして、採用されなかった³⁶⁾。B案は、氏を個人の個性や同一性を表象する「符牒」³⁷⁾として重要視する人々に支持されたが、世論調査で現行制度の支持が過半数を占める現状では採用は時期尚早とされた³⁸⁾。そこで、現行制度の枠組みを維持しつつ希望者に別氏への道を開いたA案を主軸に、同氏・別氏を対等とする修正を加え、論理的にはA案とB案の中間の立場を採った要綱案が完成した³⁹⁾。

日本の法制審議会民法部会が、1996年1月に公表した「民法の一部を改正する法律案要綱案」によると、民法750条の改正案は以下のとおりである。

- 一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫もしくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。

二 夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする⁴⁰⁾。

このように、改正要綱案は、夫婦の同氏・別氏を婚姻当事者の選択に委ね、同氏と別氏いずれかが原則であり例外である、という考え方を排した選択的夫婦別氏制となっている⁴¹⁾。この要綱案について、二宮氏は、個人の生き方や家族のあり方の多様性を承認しようという大胆な改革の意図は薄れているが、「婚姻を家族形成の基盤であると位置づけ別氏夫婦も氏の在り方が異なるだけで、婚姻であることが強調され、夫婦別氏が国民に受容されることを図ろうとしたものと思われる。」⁴²⁾と述べている。

しかし、このような自己決定や多様な家族像を尊重する改正案は、家族制度を公序と捉える人々に不安感を与えてしまい、「家族の崩壊を招く」「家族の一体感が失われる」として反対する人々も多かった。そのため、1996年改革要綱案は政府案として国会に提出されるまでには至らず廃案となった。氏を自己の人格の象徴とし、選択的制度の中で個人の生き方の尊重や対等な夫婦関係の形成を目指した改革派は、日本社会の伝統という厚い壁があることを、改めて認識し直さなければならなかった⁴³⁾。

(3) 減退する法改正への機運と現在の国民の意識

1996年改正要綱案が廃案になった後、法制審議会や法務省は、当時急進的とも見られた改革案を見直し、夫婦の氏を原則的に同氏とし、例外的に別氏も認めるという例外的夫婦別氏制度に軌道修正することを試みている。また、別氏を選択する例外的権利を行使する場合には、家庭裁判所の許可を必要とする案も検討された。さらに、通称（戸籍とは別に事実上使用する姓）として婚姻前の氏を広く認める改正案も考えられた。なお、別氏が原則という案は、日本社会において現実的ではないとされたため、検討されていない⁴⁴⁾。

国会では、1996年改正要綱案が廃案となった後も、野党を中心に議員立法としての民法改正案の提出がくり返し試みられていたため、2009年に民主党政権が成立した際には、夫婦別氏制度実現を含む民法改正への期待は当然高まった⁴⁵⁾。しかし、急進的性格を潜め、より国民に広く受容されるよう柔軟になった法改正案でも、まだ時期尚早だったようであり、2010年に政府案として改正法案が準備さ

れたが、やはり国会提出に至らなかった⁴⁶⁾。国会においても社会全体においても、保守的な改革案ならば受け入れられるわけではなく、日本の家族制度の在り方に夫婦同氏制が根強く残っていることが窺える。また、滝沢氏は、夫婦や家庭、個人の信条等に関わる問題であるため、「激しく戦ってまで勝ち取るべき権利であるのか?というためらいが生じても不思議ではない。」⁴⁷⁾と、夫婦同氏制度をめぐる法制度改革が私的領域に踏み込む性質を持つために、声高に議論しにくいものであると指摘する。その後、夫婦別氏制度の実現を求める議論は沈静化し、平成27年最高裁判所大法廷判決まで、表立って話題にされることもほとんどなくなっていた⁴⁸⁾。

なお、改正案の国会提出とは別に、選択的夫婦別氏制度の導入は、これまでも政府が策定した男女共同参画基本計画に盛り込まれてきた。2015年12月に閣議決定された第4次男女共同参画基本計画においても、夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解を踏まえ、選択的夫婦別氏制度の導入等の民法改正について、引き続き検討を進めることとされている⁴⁹⁾。

法改正への動きが停滞する一方、夫婦の氏に関する制度に対する国民の意識は少しずつ変化している。内閣府が平成24年12月に実施した、「家族の法制に関する世論調査」⁵⁰⁾の結果から、現行の夫婦同氏制度に関する国民の意識を概観する。

選択的夫婦別氏制の導入についてどのように思うかとの質問に対し、「婚姻をする以上、夫婦は必ず同じ名字(姓)を名乗るべきであり、現在の法律を改める必要はない」と答えた人の割合が36.4%、「夫婦が婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望している場合には、夫婦がそれぞれ婚姻前の名字(姓)を名乗ることができるように法律を改めてもかまわない」と答えた人の割合が35.5%、「夫婦が婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望していても、夫婦は必ず同じ名字(姓)を名乗るべきだが、婚姻によって名字(姓)を改めた人が婚姻前の名字(姓)を通称としてどこでも使えるように法律を改めることについては、かまわない」と答えた人の割合が24.0%となっている。都市規模別に見ると、「婚姻をする以上、夫婦は必ず同じ名字(姓)を名乗るべきであり、現在の法律を改める必要はない」と答えた人の割合は町村で高くなっている。性・年齢別に見ると、「夫婦が婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望している場合には、夫婦がそれぞれ婚姻前の名字(姓)を名乗ることができるように法律を改めてもかまわない」と答えた者の割合は男性の40歳代、女性の20歳代から40歳代で、「夫婦が婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望していても、夫婦は必ず同じ名字(姓)を名乗るべきだが、

婚姻によって名字(姓)を改めた人が婚姻前の名字(姓)を通称としてどこでも使えるように法律を改めることについては、かまわない」と答えた者の割合は女性の30歳代から50歳代で、それぞれ高くなっており、現行制度を支持する人が過半数を超えた1990年代に比べると、20～50代の世代で、別氏または通姓使用に対し寛大な傾向が強まったと言える。

また、「夫婦が婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望している場合には、夫婦がそれぞれ婚姻前の名字(姓)を名乗ることができるように法律を改めてかまわない」と答えた人(1,079人)に対し、選択的夫婦別氏制度が導入された場合、夫婦でそれぞれの婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望するか聞いたところ、「希望する」と答えた者の割合が23.5%、「希望しない」と答えた者の割合が49.0%、「どちらともいえない」と答えた者の割合が27.2%となった。法制度自体を許容しても別氏を選択するかどうかまでは考えていない人が大多数であることがわかり、そのような制度を望む人が一定数いるという社会的共通認識が1990年代に比べて広まったと考えられる。

4 判例の変遷

本節では、前節で取り上げた法改正の試みと前後して、民法750条の合憲性が争われた代表的な判例と、最高裁判所が初めて同条について判断を下した近時の判例を取り上げる。

(1) 岐阜家裁平成元年6月23日審判

本件は、原告が、婚姻後の氏として夫婦それぞれの姓を選択する旨を記載して、婚姻届を提出したところ、民法750条、戸籍法74条1号に規定される婚姻後の夫婦の氏の選択がないとして、市長が受理を拒絶した事件である。そこで原告は、「民法750条は、人格権の一部である氏を保持する権利を侵害するものであるから、憲法13条に違反し、また同24条1項に違反する」⁵¹⁾として、市長の不受理処分に対する不服の申立をした。岐阜家庭裁判所は、「家族は……親族共同生活の場として、法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成する」と述べ、この家族の中心である夫婦が、同じ氏を称することは、「主観的には夫婦の一体感を高めるのに役立ち、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦であることを示すのを容易にするものといえる。したがって、国民感情または国民感情及び社会的慣習を根拠として制定されたと言われる民法750条は、現在においてもなお合理性を有す

るものであって、なんら憲法13条、24条1項に反するものではない⁵²⁾と判示した⁵³⁾。

(2) 最高裁平成27年12月16日判決

本件は、夫婦別姓を認めない現行民法750条が憲法違反であるとして、東京、富山、京都在住の女性4人、男性1人(原告・控訴人・上告人、以下Xとする。)が提訴した事件である。Xは、婚姻前の氏を維持しながら法律上の婚姻をすることを希望しているが、民法750条の定める夫婦同氏原則はそれを認めない。そこで、彼らは法律婚をした上で旧姓を通姓として使用したり、通姓使用の不便さに耐え切れずやむなく便宜的に離婚して事実婚をしたりしており、職業上および社会生活上の不利益を被り、また法律婚であれば享受できた利益が受けられなかった。Xは、「家族、結婚生活の意識や実態が変化し、夫婦同姓を強制する根拠が失われた」として夫婦同氏制を定める民法750条は憲法13条、14条1項(上告審から)、24条1項・2項が保障する権利を侵害し、さらに、女性差別撤廃条約16条1項(b)・(g)に違反すると主張した。そして、国会が夫婦同氏制度に加えて別氏制度という新たな選択肢を設けなかった立法不作為は、国家賠償法1条1項の違法な行為に該当し、「夫婦別姓の法改正を怠り、精神的苦痛を受けた」として、総額600万円の損害賠償を求めた。

一審の平成25(2013)年5月29日東京地裁判決は、両性の平等を定めた憲法24条について、「夫婦がそれぞれ婚姻前の姓を名乗る権利が憲法上保障されているとはいえない」とし、また民法750条が憲法13・24条、女性差別撤廃条約に反するものとは認めず、Xの請求を棄却した⁵⁴⁾。

控訴審の東京高裁平成26(2014)年3月28日判決は、憲法13条との関係について「氏の変更を強制されない権利」は、いまだ憲法13条によって保障される具体的な権利として承認すべきものであるとはいえない。」と述べ、憲法24条についても「憲法24条によって直接、何らの制限を受けない『婚姻の自由』が保障されていると解することはできない。」と述べ、民法750条の違憲性を否定し、控訴を棄却した⁵⁵⁾。

そこで、Xは、民法750条が憲法13条・14条・24条・女性差別撤廃条約16条1項(g)に違反すると主張し上告した。これに対し、最高裁判所多数意見は次のように判示して、憲法13条・14条・24条のいずれにも違反しないとして違憲の主張を退け、国家賠償請求も棄却した。

憲法13条の人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害しているという主張に対し、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきである」としながらも、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから」「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めに具体的に捉えられる」ため、「具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。」とした上で、民法の氏に関する諸規定が氏の変更を想定していることを挙げた。そして、「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」とし、「現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとは言えない。」と述べ、民法750条が憲法13条に違反しないと判示した。

憲法14条違反との主張については「本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、夫婦のいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではな」いため、民法750条は憲法14条1項に違反しないと述べた。

憲法24条違反との主張については、「憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊重と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものとイえる。」として1項と2項の関係および立法裁量への限界を示し、その同氏制度による制約の違憲判断基準を「当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべき」とした上で、民法750条の規定および法律婚のメリットとデメリットを列挙して比較している。メリットについては、「氏は、家族の呼称としての意義がある……家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる。」

「夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している。特に、婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する……嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる。また、家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できるところである。さらに、夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいといえる。」と述べた。反対に、デメリットについては、「婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることになるところ、婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない。そして、氏の選択に関し、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる。さらには、夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益を受けることを避けるために、あえて婚姻をしないという選択をする者が存在することもうかがわれる。」としながらも、このような不利益は通姓の使用によって一定程度緩和されるとして、「夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないのもであるとしても、上記のような状況の下で直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない。」とし、憲法24条に違反しないと判示した⁵⁶⁾。

しかし、岡部・櫻井・鬼丸各女性裁判官3名と木内・山浦裁判官の計5名の裁判官が違憲判断を示し、山浦裁判官は国家賠償法にも違反するとした。また寺田裁判官も補足意見の中でこのテーマに関して司法による違憲判断の限界に言及している。

本判決は、民法750条が憲法13条・14条・24条に違反しないと判断した初めての最高裁大法廷判決である。判決内容については、憲法13条で保障される氏名権よりも夫婦同氏制度に関する立法裁量を優位させた論理に多くの批判論が提示される一方⁵⁷⁾、婚姻および家族に関する具体的な制度設計に関わる事案であり、法律上の婚姻や親子のあり方、さらには戸籍編製の仕組みまで左右する問題であるため、合憲としながらも、立法による解決が望ましいとして考慮すべき事項を指

摘した今回の判決は、最高裁としては最大限の判断であったとの評価もある⁵⁸⁾。本件に関して、主に人格権を中心に論点を列挙する。

現行民法では、氏は法律の規定で、名は親権者の命名により決定する。その氏と名が結合した氏名は、二つの機能を有しており、一方は、社会的に個人を他者から識別する機能である、他方は個人の人格の尊重の基礎としての機能である。このように氏名は人格権の一内容を形成し、本判決もそれを肯定する。しかし、本判決は、氏名の一部である「氏」については、一定の身分関係の変動に伴って改めることが性質上予定されているため、「婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえない。」と人格権の保障は及ばない旨を判示した。改氏によるアイデンティティの喪失や他者から識別・特定される機能が失われる不利益、および個人の信用・評価・名誉感情への影響が及ぶ不利益が生じることを想定しながらも、「婚姻前に築いた個人の信用・評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはとはいえない」とし、「氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益であるとはいえる」と述べるにとどまった。この点については、補足意見や反対意見に言及はなく、婚姻後も氏を維持することは人格的利益に位置付けられるにとどまり、人格権の一部と認められることは難しいようである。

民法750条における男女平等について、本判決が「本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている。」と述べるとおり、現行民法750条の文言上、男女差別は存在しない。しかし、本判決で問題視されているのは実質的平等が保障されていないことであり、民法750条は、本件の原告Xらが主張したとおり「それ自体は差別を含まない中立的な制度や基準であっても、特定の人種や性別に属する人に不利な効果・影響をもたらすならば違法は差別になる」⁵⁹⁾ という「間接差別」にあたるとの指摘もある⁶⁰⁾。実際、本判決も、形式的平等の判断を超えて「氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている……この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえる。そして、この点は、氏を含めた

婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべき」と指摘している。しかし、夫婦の協議によりどのような結果が得られたら実質的平等が保障されているといえるのかを判断するのは困難であり⁶¹⁾、本判決も憲法14条1項の「平等」が裁判規範としては形式的な平等をいう点を示したのみであるといえる⁶²⁾。

さらに、本判決は、憲法24条1項の保障する婚姻の自由の内容を明示し、当事者双方の自由かつ平等な意思決定による婚姻の効力の一つとして夫婦同氏原則を定める民法750条は「婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない。」と判示する。しかし、婚姻の届出には夫婦が称する氏の記載が不可欠であり、実際には婚姻の成立要件になっている⁶³⁾。同条2項については、「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したもの」として立法において同条1項を前提にすることを明示した。しかし、その後の総合考慮は不透明であり、嫡出子であることの公示機能や子の氏を同じくする利益はあくまで傾向論であり、これらの制度上の便益が具体的利益として氏に関する個人の人格的利益と比較論証されていないという指摘もある⁶⁴⁾。

また、本判決は、民法750条を合憲と判断したが、選択的夫婦別氏制について、「合理性がないと断ずるものではない。」と述べ、「夫婦同氏制の採用については、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠するところが少なくなく、この点の状況に関する判断を含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にはかならない」と判示し、補足意見や反対意見においても750条が違憲だった場合に夫婦別氏制度を構築する上で考慮すべき事項には言及していない。

II 通姓による別氏

前章では、氏に対する意識の変化をもたらした国内外の要因と、法改正の動向および判例の判断を概観し、民法750条をめぐる議論の変遷を明らかにした。本章では、その議論と並行して普及してきた通姓について考察する。

1 通姓使用の意義

圧倒的多数の夫婦が夫の氏を称する婚姻をしている現状において、女性の社会進出が進み、とりわけ婚姻後仕事を続ける女性や、社会的責任の大きい職業・地位に就く女性が増えると、婚姻により氏を変更することは、当事者の同一性の確認を妨げるおそれがあり、当事者だけでなく対社会的にも重大な影響が生ずる⁶⁵⁾。そこで、職場を始めとする社会生活の中では、通称名として婚姻前の氏を使い続けるという対応が考えられる。もちろん、婚姻届を出さずに事実婚を続ける夫婦もいるが、ほとんどの場合は「可能な範囲で望むところに近い状況を実現できる」⁶⁶⁾ため、通姓による別姓に落ち着くようである。

もともと婚姻前の氏が芸名やペンネームとして使用されることは、そのような名を要する職業においては普通の現象であり、1976年の民法改正以前は離婚によって婚姻前の氏に復氏した者が婚姻中の氏を通称姓として用いることも日常的に行われていた⁶⁷⁾。夫婦別氏制度への法改正が実現しないのであれば、通姓使用によって社会生活上の不利益を取り除けばいいというこのような姿勢は、「法をあまり好まないとされる日本人の社会における特殊日本的な法現象である。」⁶⁸⁾と滝沢氏は述べ、その理由を「もともと日本の家族法は、協議離婚制度に典型的に見られるように、法的な拘束がかなり緩やかな体質をもっている。日本人一般も、問題が生じた場合には、法を改正しようとする代わりに、法の枠外での自由を求める方向にどうしても傾きやすい」⁶⁹⁾からだとする。

しかし、夫婦別氏制度の代替手段として婚姻前の氏を通姓として使用する場合に、それが認められる範囲が問題となる。なぜなら、通姓に対する意識や対応はそれぞれの職種および職場によっても異なっており、いかなる範囲で通姓の使用が許されるか範囲が必ずしも明確でない場合があったからである⁷⁰⁾。そこで、通姓使用の許容をめぐって、世間的に大きく注目された東京地裁平成5年11月19日判決を取り上げる。

2 東京地裁平成5年11月19日判決

本件は、旧姓を通姓として使用する国立大学の教授が、旧姓使用を制限する大学の処置に対し、国に対し、人事記録やその他の文書において旧姓使用を義務付けるよう請求するとともに、損害賠償を求めて訴えを提起した事案である。原告は、人格権の一内容として、自己の氏名を保持する権利（氏名保持権）は、憲法

13条によって保障されると主張した。

これに対し、東京地裁平成5年11月19日判決は、「我が国においては、国民を公に登録し、その親族関係及び動静を公示し、公証するための唯一の身分関係の公証制度として、戸籍法に基づく戸籍が精緻に編製されており、そこには個人の公証力ある氏名として戸籍名が記載されているところ、戸籍名を変更するためには、やむをえない事由が存する場合に家庭裁判所の許可を得て、その旨を届け出ることを必要としている。しかも、法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成する夫婦が、同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高める場合があることは否定できず、また、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦である事実を示すことを容易にするものといえるから、夫婦同氏を定める民法750条は、合理性を有し、何ら憲法に違反するものではない。したがって、個人の同一性を識別する機能において戸籍名より優れたものは存在しないものというべきであるから、公務員の同一性を把握する方法としてその戸籍名で取り扱うことはきわめて合理的なことというべきである」⁷¹⁾と述べ、婚姻前の氏を通称として使用することを求めた原告の請求を棄却した。

また、通姓を使用する権利が憲法13条によって保障される人格権といえるかどうかについては、「長期間にわたり国民生活における基本的なものとして根付いている」と「個人の人格的生存に必要不可欠なもの」であることを要件とし、公務員の場合、旧姓の通称専用はまだ普遍的とはいえず、「したがって立法論としてはともかく、原告主張に係る氏名保持権が憲法13条によって保障されているものと断定することはできない」とした。さらに、自己決定権による理由づけについても、公法上の勤務関係における氏名は極めて社会的な事柄であるとして、原告の請求を棄却した⁷²⁾。

本件は、一般論としては通姓使用の可能性を認めながらも、どのような事情のもとでそれが認められるのか、具体的な判断基準を示していない。また、自己の名で研究を継続する必要がある大学教授が原告だったこともあり、諸文書や諸手続きにおいて戸籍上の氏名を使い、普段通姓を使用していることを説明すれば足りるとした判決内容には、批判が多かった。人格権の対象になる氏名に、戸籍上の氏名だけでなく、商号や芸名、本件のような夫婦別氏制の実践としての旧姓の使用も含まれるとする立場からは、「たしかに、通称使用については戸籍名の使用に比べ若干の制約があることを認める余地はあるが、本件は、夫婦別姓がいつまでも実現しない状況のもとで、研究の一貫性が重要視される研究者によって

提起されたものなので、別の結論のありえた判決である。』⁷³⁾との指摘もあり、原告の主張や理論構成のアプローチに、別の有効な方法があったのではないかと指摘も複数見受けられる⁷⁴⁾。さらに、もっと踏み込んで通姓の使用について自己決定権の表れとする立場からは、個人の同一性の把握を困難にする要素がなければ「研究・教育活動において、長年使用してきた旧姓の使用を禁止され、自己の意思に反して戸籍上の氏名の使用を強制されることは、氏名所持者の自らの氏名に関する選択・決定の自由の侵害として許されない」⁷⁵⁾との意見まであった。

なお、本件控訴審(東京高裁)では、1998年(平成10年)3月27日に、大学側と原告教授の間で和解が成立した。和解条項では、研究・教育活動には主に婚姻前の氏を使用し、職員録などは戸籍上の氏と婚姻前の氏を併記するが、人事記録や出勤簿等は戸籍上の氏による記載をすることになった⁷⁶⁾。なお、裁判長は、和解にて併記とされたものについても、今後旧姓のみの使用でできるよう努力を求め、大学側も真摯に受け止めるとした⁷⁷⁾。このように、本件の控訴審が公場における通姓使用を積極的に認め支持したことは、通姓使用の重要性が法的にも一定の範囲で承認されたといえ、大きな意義があると評価された⁷⁸⁾。

3 通姓の普及と国民の意識の変化

1990年代以降、旧姓使用による夫婦別氏は、ある程度今日の日本社会に浸透しているように見受けられる。法制審議会から要綱試案や改正要綱が発表された時期には、すでに夫婦別姓へ向けた社会全体の盛り上がりも見られ、多くの企業や官公庁で、通姓としての旧姓使用を柔軟に認める制度が設けられるようになっていた。この傾向は、立法活動の苦戦と並行するように顕著となり、2001年には国家公務員の旧姓使用が認められ、公的文書であるパスポートへの通姓の併記も認められた⁷⁹⁾。

国家公務員の通姓使用は、2001年7月11日の各省庁人事担当課長会議申し合せで、「職員が婚姻等により戸籍上の氏を改めた後も、引き続き婚姻等の前の戸籍上の氏(以下「旧姓」という)を文書等に使用することについて下記のとおり取り扱うこととする」⁸⁰⁾とされた。これによって、税関関係書類等の、国家公務員として直接的に権利義務の履行および行政上の権限の行使するために、制度等で戸籍名を使用することが定められている場合は戸籍上の氏を使用するとされた。しかし、その他の目的の文書、または併記した方が事務処理上効率的である文書については、婚姻前の氏を通称として使用できるとされた⁸¹⁾。例としては座席表、

職員録、休暇届、出勤簿等が挙げられている。地方公共団体でも、埼玉県新座市が1996年に一部の文書を除き旧姓使用を認めたのを皮切りに、多くの都道府県・市区町村で認められた⁸²⁾。

また、企業においても婚姻前の氏を使用することを認める企業が増えている。各企業・特殊法人とその導入時期としては、富士ゼロックス（1988年）、朝日新聞社（1990年）、沖電気工業（1991年）、NHK（1992年）等が挙げられ、その後他にも多くの企業等が導入した⁸³⁾。

このように各職場が通姓使用に一定の理解を示したことにより、国民の通姓使用に対する意識も大きく変わった。2016年度の世論調査によると、婚姻等により氏が変わった場合に、職場での旧姓使用を希望するかという質問に対し、「旧姓を通称として使用したいと思う」と答えた人の割合が31.1%、「旧姓を通称として使用したいと思わない」と答えた人の割合が62.1%となった。大都市や若い世代ほど旧姓使用の希望は強い。また、実際には婚姻によって氏の変わることは少なく当事者意識を伴った回答とは言い切れないが、男性ほど旧姓使用を希望する割合が高い⁸⁴⁾。

内閣府が2012年12月に実施した、「家族の法制に関する世論調査」⁸⁵⁾の結果からも、通称使用に関する国民の意識を概観することができる。現行民法750条により、婚姻前から仕事をしている人が、婚姻によって名字（姓）を変えると、仕事の上で何らかの不便を生ずることがあると思うかという質問に対し、「何らかの不便を生ずることがあると思う」と答えた人の割合が45.6%、「何らの不便も生じないと思う」と答えた人の割合が51.4%となっている。不便を生ずることがあるという回答が多かったのは、男性の30～50代と女性の20～50代で、都市部ほどその割合が大きい。

また、不便を生ずると答えた人（1387人）に対し、その不便についてどう感じるかと尋ねたところ、「婚姻をする以上、仕事の上で何らかの不便が生ずるのは仕方がない」と答えた者の割合が24.6%、「婚姻をしても、仕事の上で不便を生じないようにした方がよい」と答えた者の割合が60.6%、「どちらともいえない」と答えた者の割合が14.6%となった。特に30～50代、および都市部で「不便の生じないようにした方がよい」との回答が多かった。さらにその人々（841人）に通称使用について尋ねたところ、「仕事の上で通称を使うことができれば、不便を生じないで済むと思う」と答えた者の割合が58.5%、「仕事の上で通称を使うことができても、それだけでは対処しきれない不便があると思う」と答えた者の

割合が39.4%となった。

Ⅲ ドイツの夫婦同氏制度改革との比較

前章まで、日本国内の夫婦同氏制度の受容の変容および通姓使用の意義について論じた。本章では、日本と同様に夫婦同氏制を堅持しながらも、1957年の同権化法の規制、1976年の婚姻・家族法改革法の規制、そして1993年法の家族の氏の新秩序のための法律による民法改正と⁸⁶⁾、段階を踏んで夫婦別氏制への道を模索してきたドイツの法制度を取り上げ、その社会的背景や判例の変遷と合わせて検討する。

一般的に、氏だけでなく家族法制度は、地域ごとの伝統と文化に拘束され、「各国において独自の性格を強く有する制度」⁸⁷⁾であり、西欧諸国間でも大きな違いがあり、日本法との比較が難しいと指摘されてきた。しかし、ヨーロッパでは、1990年代から、ヨーロッパ共通法の形成に向けて議論や作業が進んできた。家族法についても、調和化や統一化になじまないと一般的に考えられながらも、家族法の調和の必要性や、改革の方向性の共通性が指摘されていた。それらの共通性は、改革を促す社会変動の共通性を意味しており、具体的には女性の社会進出に伴う地位の向上、婚姻という形式からの人々の離反、そして子の平等化と権利主体としての認知といった社会的変動が、ヨーロッパ各国で起きていたのである。これらの問題については、日本でも同様の社会的変化が認められる⁸⁸⁾。そこで、社会の変化に伴い変容する氏の機能や役割を考察する上で、法制度や判例の変遷の過程を比較することに、一定の意義があると考えた。

1 1957年男女同権法による民法改正

(1) 1900年ドイツ民法典

19世紀のドイツの慣習では、「婚姻共同体の親密性およびそれが全生活を包括する重要なものであることの当然の帰結」⁸⁹⁾として、夫婦は同じ氏を名乗り、そしてその氏は夫の氏であるとされた。そして、この慣習は当時のラント法⁹⁰⁾でも採用され、1896年に公布されたドイツ民法典においても「妻は夫の氏を取得する」(1896年民法1355条)と規定された。妻が婚姻によって夫の氏を取得し、それを称することは、妻の権利であり義務でもあったのである⁹¹⁾。

なお、ドイツ民法典は、12条に氏名権を保護する規定を置いており⁹²⁾、氏名に

ついでに所有権や無体財産権類似の権利として、個人に属する人格権の一部と理解されてきたが、妻が婚姻によって夫の氏を称する義務を負う夫婦同氏原則氏は、氏名権の前提となる秩序であり、妻の氏名権を侵害するものとは考えられなかったようである⁹³⁾。

(2) 1957年改正の変更点と課題

第二次世界対戦後、ドイツは日本と異なり、占領軍の後押しによる家族法改革は行わなかった。しかし、国連憲章や1949年のボン基本法の制定に伴い、次第に男女平等が強調されるようになり⁹⁴⁾、1957年6月18日の「民法の領域に関する男子および女子の同権に関する法律（男女同権法）」の制定に際して、夫の氏のみを夫婦の氏とした1896年民法1355条が、男女平等の観点から初めて問題になった。しかし1957年改正では、氏の秩序機能および夫婦同氏という従来の慣習・伝統を崩すことなく、「婚氏および家族の氏は夫の氏とする。妻は身分官吏に対する表示により彼女の未婚時の氏を婚氏に付加する権利を有する」（1957年民法1355条1文・2文）と修正されるにとどまった。これは、夫婦同氏原則を維持したまま、妻に対して未婚時の氏を夫の氏に「付加する」ことを「権利」として承認し、未婚時の氏の継続性を保護すべきであるという要望に一定程度で答えるものであった。ただ、ドイツでは、それ以前にも、妻は、未婚時の氏を夫の氏と並べる、いわゆる「複合氏」を称することが慣習で認められており、芸名やペンネーム等と同様の効力をもつものと理解されていた⁹⁵⁾。そのため、この改正は、未婚時の氏を夫の氏に後置する慣習を法的に明文で認めただけでも言え⁹⁶⁾、富田氏はこの改正を「妥協の産物」と評価している⁹⁷⁾。

男女平等が強調されながらもこのような男女不平等の規定が維持された理由として、富田氏は、ドイツにおける伝統的な男女平等の考え方の存在を指摘している。富田氏によると、ドイツでは、1957年改正時、男女平等を機能的にとらえる機能的平等説が支配的であり、男女は生物的差異からそれぞれの機能に応じて家庭内においても役割分担をしなければならないと理解されていた。そして、夫が対社会的な所得活動を行い、妻が家事に従事することが家庭のあるべき姿とされた。そのため夫婦の氏は、家庭を外部に対して代表する夫の氏によって示されることが当然のこととされた⁹⁸⁾。

このような男女平等観にもとづいて行われた1957年改正は、未婚時の氏を付加するにとどまり、夫の氏のみを婚氏としたために、この規定が男女同権を規定す

る基本法3条2項に合致するか否かの合憲・違憲論争が続けられ⁹⁹⁾、多数の判例が出された。当初の判例は、この規定を「合憲」と判断したが、その代表例として、連邦憲法裁判所1963年11月26日決定をとりあげる¹⁰⁰⁾。

(3) 1963年連邦憲法裁判所決定

本件は、原告人であるフランクフルト市の女性の医師が、婚姻締結に際し提起した未婚時の氏の使用を認める旨の申立てに対し、地方行政区長官が取消処分をもって却下した事例である。原告人が提起した行政訴訟では、行政区長官の処分は承認されると判示されたため、同規定が基本法第3条2項に反するとして憲法異議の訴えを提起した¹⁰¹⁾。

この訴えに対し、ドイツの連邦憲法裁判所は、1963年11月26日の決定において、1957年の男女同権法にもとづく民法1355条1文が、単一の婚氏の使用を命じていることにつき、基本法3条に違反するものではないとした¹⁰²⁾。その理由としては、同一の婚氏を称する義務は、夫にも妻にも同様に課せられたものであり、男女不平等ではないとの旨を述べている¹⁰³⁾。

この決定の重要な意義は、夫婦同氏原則を違憲ではないと判示したのみで、夫婦が称すべき婚氏が常に夫の氏でなければならないとする規定の合憲性については、明確に判断を示していないことである。つまり、夫の氏のみを婚氏とする1957年民法1355条が基本法3条に抵触する可能性を暗示しつつ、夫婦同氏原則はそれとは別であると理解しているのである。富田氏は、このような理論展開を示した1963年決定に対し、「夫婦が同一の氏を称すべき義務があるという問題と夫婦がどちらの氏を婚氏とするかという問題とを分離し、後者のみを男女平等の問題として取り扱うことによって、夫婦同氏と男女平等との調和を顧慮したのではないかと思われる。そうして男女平等という観点から夫婦同氏の原則の問題点を追求していく場合に、避けることのできない限界がここに存在する」¹⁰⁴⁾と述べ、男女平等を根拠として夫婦同氏原則自体を違憲とする理論の限界を指摘している。

2 1976年民法改正

前節で述べたように、1957年の男女同権法制定に伴う改正民法1355条の氏の規定は、徹底した男子優先の規定であり、改正後も機能的平等説に基づく男女平等の概念が一般的だったため、妻の寄与および家事労働をできるだけ高く評価すれば十分とされた。しかし、1960～1970年代に女性、とくに既婚女性の職業活動へ

の進出が大きく進み、女性が未婚時に称した氏を維持継続することに重大な利害関係を有するようになった。そのため、夫の氏のみを夫婦が称すると定めた1957年民法1355条を正当化した、性別役割分担を肯定する機能的平等説は、その根拠を失い、1976年の「婚姻・家族法の改革のための第一法律」が制定され、民法1355条は再度改正されることになった¹⁰⁵⁾。

このように男女平等の概念が大きく変化した背景には、1960年代後半の学生闘争をきっかけに、変革を求める社会運動が展開したことが挙げられる。この運動の影響で、1969年に戦後初めてとなる社会民主党のブランド内閣が成立し、社会民主党と自由民主党の連立政権は1982年10月まで継続した。この社会民主党政権下で、非嫡出子法(1969年)、養子法(1976年)、親子法(1979年)など、家族法分野において個人の尊厳や男女の機会的平等を重視する改正が進められた¹⁰⁶⁾。1976年の氏に関する改正もこの法改正の一環として行われたのである。

1976年改正民法1355条1項は「夫婦は共通の氏を称する」と定め、夫婦同氏原則を維持した。また、同条2項1文に「夫婦は、婚姻締結に際して身分官吏に対する表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる」と規定し、婚氏が夫の氏に限定されていた従来の規定を改め、選択制が導入された¹⁰⁷⁾。

しかし、同条2項2文は、両婚約者が「婚氏を決定するに至らないときは、夫の出生氏が婚氏となる」と規定した。この規定は、両当事者がどちらの氏を婚氏とするか表示しないとき、または表示が一致しない場合に適用されることになった¹⁰⁸⁾。この条文について、男女同権を定めるボン基本法3条2項に反するか、学説が対立したが、1991年3月5日の連邦憲法裁判所決定がなされる以前は、婚氏の選択に関する補充的規定と解して消極的に承認する学説が有力だったようである¹⁰⁹⁾。

さらに、民法1355条3項1文は、「出生氏を婚氏としていない配偶者は、身分官吏に対する表示により、婚氏にその者の出生氏または婚姻締結時に称している氏を前置することができる」と規定した。1957年民法1355条2文によって明文化された付随的氏を付加する権利が修正され、婚氏として出生氏が選択されなかった一方配偶者が、出生時だけでなく婚姻締結時の氏(前婚の氏など)を付加することができるようになり、またこれを婚氏に前置できることによって、それまで称していた氏名の位置関係が分断されないことになった¹¹⁰⁾。1976年改正前までは、付加した未婚時の氏は婚氏に後置され、また婚氏のみが適法な氏とされたが、こ

の改正によって付随的氏と婚氏をもって完全な氏となり、これらが一体となって当事者を表象する氏名と認められた。ただし、それは個人にのみ帰属する一身専属的な氏で、子に継承されないとされた¹¹¹⁾。

このような1976年の改正によって、夫婦同氏原則を維持しながら法律上の男女同権を達成し、当事者の意思にもとづく氏の決定が幅広く認められた。婚氏の選択制が採用され、選択できる氏の範囲が拡大された。さらに付随的氏を前置する権利は氏の継続性の利益の保護を目的としており、事実上夫婦別氏に近づいたといえる。しかし、氏に関する自己決定権が拡大し、氏を称することの権利的性格が強まった一方で、氏のもつ識別機能および秩序規定的性格は低下した¹¹²⁾。

3 1976年改正以降の判例の変遷

(1) 1978年連邦憲法裁判所決定

1976年改正の問題点の一つは、この改正が遡及効を持っていなかったことである。そのため、1976年7月1日以前に婚姻を締結した夫婦について、夫の氏のみを婚氏とする旧法の合憲性が問題となった。ドイツの連邦憲法裁判所は、1978年5月31日の決定において、1953年4月1日～1976年6月30日の間に婚姻を締結したすべての夫婦につき、妻の出生氏を婚氏とする権限を完全に排除することは基本法3条2項に違反すると判示した。その結果、夫の氏のみを婚氏としてきたドイツの伝統的な婚氏制度は男女同権の観点から否定された¹¹³⁾。これにより、性別役割分担を認めない男女平等の概念は「機械的平等」が主流となった。しかし、1963年決定でも示されているように、夫婦同氏と男女平等は異なる次元の問題とされ、1976年改正によって形式上男女平等原則を達成したために、男女同権原則をもって夫婦別氏制を追求することは、もはや根拠づけとしては不十分であり、夫婦別氏を主張するためには別の根拠が必要になった¹¹⁴⁾。なお、この1978年決定では、未婚時の氏を婚氏に付加することができることをもってしても、妻の不利益は取り除かれていないと指摘された。

(2) 1988年連邦憲法裁判所決定

本件は、婚姻後もそれぞれの出生氏を称することを欲した2組の夫婦の事例について、チュービンゲン区裁判所が婚姻届受理の手続きを停止して、連邦憲法裁判所に判断を求めた事案である。これらの夫婦のうち1組はドイツ国民同士、もう1組はドイツ国民と異国籍を有する者の婚姻であり、当時夫婦同氏原則は、異

国籍間の婚姻の際に問題になるケースが多かった。本件においては、チュービンゲン区裁判所は、民法1355条1項および同条2項1文が両配偶者に従来の氏の保持を選択する権利を認めず、両配偶者に共通の氏の使用を強制しているという点に限定して、憲法に反するか連邦憲法裁判所に判断を求めた。連邦憲法裁判所は、1988年3月8日に、夫婦が共通の氏を称する義務は、基本法1条1項および同条2条1項が保障する人格権を侵害するものではないと判示した¹¹⁵⁾。

本件では、夫婦同氏原則の違憲性を指摘する根拠として、男女平等原則ではなく人格権にその重点が移っている。1988年決定では、連邦憲法裁判所は、氏に関する権利が人格権を構成するものとして保護・尊重されることを認めた一方で、氏は識別のメルクマークとして社会的機能を有することを指摘した。そのため、氏に関する権利は無制限に保障されるものではなく、この規定の仕方については立法裁量の余地を認め、夫婦同氏原則は合憲であるとした¹¹⁶⁾。この決定に対し、富田哲氏は、人格権を保障する基本法2条1項や婚姻・家族の保護を規定する同法6条1項に反すると指摘し、「前者については、氏は人格の構成部分であって、氏に関する権利は基本権の中核部分に属する最上位の法的価値として保護されるべき権利であり、後者については、婚姻締結の自由は古典的な基本権とされ、さらに氏において親との親族関係を明らかにする権利も基本法6条1項により保護される権利であるので、これらの権利は、いずれも公共の利益にとって不可欠な場合にすぎ、という厳格な要件を付してのみ、制限されると考える」¹¹⁷⁾と述べ、立法裁量の余地を広く解した連邦憲法裁判所の決定に疑問を呈している。

(3) 1991年連邦憲法裁判所決定

本件は、申立人夫婦が婚姻締結に際し婚姻中も出生氏を保持したい旨を表示したが、身分官吏は民法1355条2項2文に基づいて夫の氏を婚氏として婚姻簿に記載した。これに対し夫婦は出生氏の継続使用する趣旨の訂正を申し立てた事案である¹¹⁸⁾。ドイツの連邦憲法裁判所は、1991年3月5日の決定において、夫婦が彼らの出生氏のいずれかを婚氏として決定しない場合に、夫の氏を婚氏とすることを定めた1976年改正民法1355条2項2文について、基本法3条2項が保障する男女同権の原則と合致するものではないと判示した¹¹⁹⁾。さらに、憲法違反の規定について、新規定が立法されるまでの補充規定を具体的に示した。以下に決定主文（日本語訳：富田哲）を引用する。

- I. 1976年6月14日の「婚姻法および家族法の修正に関する第一法律（第一婚姻修正法）」文言における民法1355条2項2文は、基本法3条2項に合致し得ない。
- II. 法律上の新たな規制が施行されるまでは、民法1355条および同法1616条は、以下の要件をもって適用されるべきである。
 - i. 連邦官報における本件判決主文の公刊以降、婚姻締結に際して両配偶者が民法1355条2項1文にもとづく決定に至らないときは、暫定的に、いずれの配偶者も婚姻締結時に彼らにより称されている氏を保持する。
 - ii. その後も両配偶者が共通の氏を称さないときは、暫定的に、嫡出子の氏は以下のように決定される。

法定代理人は、身分官吏に対する子の出生の登録前に、子が父の氏、母の氏、または、これらの氏から任意の順序で構成された複合氏を取得すべきことを決定することができる。彼らが決定にいたらないときは、子は両配偶者の氏から構成された複合氏を取得する。氏の順序については、籤によりこれを決定する¹²⁰⁾。

1963年決定および1978年決定で示された基本権3条2項が要求する男女同権の原則の理解は、男女の生物学的・機能的差異を考慮して氏に関する規定を設けることは許されないというものだった。1991年決定は、それまで連邦憲法裁判所が示してきた理解を踏襲しており、男女同権に関しては、原則として、他の憲法上の保障を通じても制限されないとする徹底した解釈を採用している¹²¹⁾。

また、婚氏に関する暫定措置において夫婦別氏の可能性を開いたことも大きな特徴であるといえる。もっとも、この時点では、1991年決定によっても民法1355条1項および2項1文の夫婦同氏原則は否定されていないため、夫婦別氏制の採用は立法の裁量に委ねられた。なぜなら1988年決定が示すように、男女同権は必ずしも夫婦同氏原則の違憲性の根拠とはならないからである¹²²⁾。1988年決定は、氏の社会的機能を秩序付ける夫婦同氏原則と基本法1条および2条1項で保障される人格的利益・人格の自由な発展と比較して、夫婦同氏原則は憲法に違反しないと判示されたケースであり、同じ夫婦同氏原則が問題になった事例であるものの、男女同権の優位が前面に押し出された1991年決定とは、扱う条文も法的理論も異なる事案であったといえる¹²³⁾。

4 1993年民法改正

1991年決定において、民法1355条2項2文が違憲とされたことをきっかけに、氏に関する民法上の規定が全面的に見直され、1993年12月16日の「氏の新たな規制に関する法律（氏に関する改定法）」が制定され民法が改正された（1994年4月1日から施行）。この、1993年のドイツの改正法は、「夫婦は、共通の氏（婚姻氏）を定めるものとする。夫婦は定められた婚姻氏を称する。夫婦が婚姻氏を定めなければ、夫婦は婚姻締結時に称していた氏を、婚姻締結後にも称する」（民法1355条1項）と規定し¹²⁴⁾、夫婦別氏を選択する道を開いた。1991年決定で違憲とされた1355条2項2文は削除され、男女の実質的平等を伴っているかは別にして、文言上は男女平等が完全に実現した¹²⁵⁾。

さらに、夫婦の別氏を認めることで問題となる子の氏についても合わせて改正が行われた。1993年改正民法では、子の出生時にどちらの氏（出生時に夫婦のそれぞれが称している氏）を与えるかを決定することが規定され、夫婦が子の出生後1カ月以内にこの決定をしないときは、後見裁判所が夫婦のいずれか一方に決定権を委ね、裁判所が設定した期限内に決定権が行使されないときは、子は決定権を有する配偶者の氏を受け取る、と規定された。また、第一子の氏の決定がその後の子についても適用され、兄弟姉妹の同氏制が採用された（1616条1～3項）¹²⁶⁾。

夫婦別氏制度は、多くの西ヨーロッパ諸国においては伝統的な制度だったが、夫婦同氏原則を厳格に維持してきたドイツ語圏諸国においては、比較的新しい制度である¹²⁷⁾。このような大改正の直接の要因は、1991年の民法1355条2項2文の違憲決定であるが、それと併せて夫婦同氏原則が見直された背景には、1992年のEC¹²⁸⁾統合の影響があったといえる。それまで、ドイツにおける氏に関する紛争は、1988年決定の事案のように、異国籍婚から発生することが多かった。EC統合により西欧諸国間で人々の移動がより活発化することで、将来さらに異国籍婚が増加することが予測され、これが氏の規定に対して重大な影響を与えることが懸念された。なぜなら、西欧諸国の中で夫婦同氏を義務付けているのはドイツ語圏を除けばごく少数で、EC諸国において氏に関する制度を統一する動きが顕在化することが予想されたからである。他の西欧諸国における氏の規定との調和という要請から、夫婦別氏制度が注目され、夫婦同氏原則を放棄しなければならぬ可能性も指摘されたほどであった¹²⁹⁾。

しかし、ドイツは、女性の社会進出に伴い顕在化した夫婦別氏のニーズや、他の西欧諸国との制度的調和の要請という国の内外からの影響を受けてなお、夫婦同氏原則を維持した。このことから、ドイツには夫婦別氏制の導入には根強い抵抗感があったことが窺える。夫婦同氏原則を擁護する見解としては、夫婦とその嫡出子からなる家族共同体の構成員が同一の氏を称することは、家族の保護に適合的だとする学説や、家系等の社会的所属を公示する機能を重視する学説等がある¹³⁰⁾。また、1991年決定後も新婚カップルの大多数が共通の婚氏を選択していることから、1993年の法改正直後は、改正法の目指した理念とドイツ国民の社会的意識とのギャップが大きいという指摘もあり¹³¹⁾、当時のドイツ社会にとって先進的でインパクトのある法改正だったといえる。

5 ドイツの法制度変遷の小括と日本の制度変化への示唆

ドイツでは夫婦同氏原則を貫きながら、1957年改正で夫の氏に妻が婚姻前の氏を付加することを認め、1976年改正によって文言上は男女平等な夫婦同氏原則が実現するとともに、婚姻によって氏を変更した配偶者が、婚氏の前に婚姻前の氏を前置して付随的氏とすることを認めた。さらに1993年改正で例外的夫婦別氏制を実現した。このようにドイツの氏に関する規定は漸次的に段階を踏んで改正され、現行制度に至ったことがわかる。

IV 選択的夫婦別氏制の意義と課題

前章では、ドイツにおける夫婦同氏原則の法改正と判例の変遷を概観した。本章では、夫婦同氏原則を取り巻く社会的境遇が類似しているドイツと日本を比較し、今後日本の氏に関する制度がどのように変化する可能性があるのか、その場合どのようなきっかけが制度変化を促すのか、今後の展望を模索する。

1 氏をめぐる日独の制度変化の比較

日本において、現行民法750条による、文言上男女平等を実現した夫婦同氏原則が採用されたのは、1947年の家族法改革のときであり、理論的にはドイツの法制度改革の1976年段階のものに対応している。そして、ドイツの1993年の民法改正で達成された夫婦別氏制度は、日本において1980年代から議論され、1996年の民法改正要綱案を経て未だ立法には至らない。このように、少しずつ段階的な修

正を行ってきたドイツの法制度に比べると、日本法は、戦後改革によって氏の法的意義が、家制度の根幹としての「家の呼称」から「個人の呼称」へと突然大転換したかにみえる¹³²⁾。そこで、ドイツ法と日本法との間には、夫婦同氏原則をめぐる課題への取り組み方にどのような相違点が見られるのか、検討する。本節では、まず氏に対する権利性の理論と、国際世論を中心とした国外からの要請について比較し論じる。また、通姓についても日本の東京地裁平成5年11月19日判決と類似したドイツの判例を挙げ、通姓の普及と夫婦同氏原則の制度変化の関係を考察する。

(1) 氏の権利性の法的理論

まず、氏に対する権利性の理論をめぐる日独の比較をする。一般的に、夫婦同氏と別氏をめぐる議論は、その国民の価値観や伝統・慣習、生活上の利便性などの争点が相互に関係してくるが、ドイツにおける夫婦同氏論と夫婦別氏論の学説対立は、氏のもつ機能を細かく細分化しており、それらの機能による利益の比較によって高度に法的論理が確立されたといえる。

ドイツでは、ボン基本法1条・2条で人格権を規定し、民法12条が氏名権を規定しており、1957年男女同権法による民法改正後には妻の氏名権が夫婦同氏原則によって侵害される可能性について、学説上議論になった¹³³⁾。その後、氏のもつ機能が細分化されて検討されると次第に夫婦同氏と別氏をめぐる法的論理の争点は、個人の権利の論理と制度の保障の論理の相克に集約されていった。「個人の独自性と個人性とを表象する『人格権』としての氏の性質への配慮」と「氏の『家族的帰属機能』または『その他の帰属機能』への配慮」の「両者の間における利益衡量が問題解決の最も重要な課題となっ」たのである¹³⁴⁾。前者は、氏が名と結合して、ともに個人の象徴として用いられるものであり、その氏名の利用について、その個人に人格的権利が帰属するという論理であり、後者はドイツ語や英語の表現が示すように (Familiename, family name)、「家族の名・呼称」であって法的に「家族」と定義しうる人々が同じ氏を称することが要請されるという論理である¹³⁵⁾。前者を重視するならば、氏名権の対象である氏と名は出生とともに決定し、その後の変更は、氏名権をもつ当事者の意思にしたがい、氏名の社会的な識別機能を考慮して制度化される氏名変更制度に基づいて行うべきであり、身分関係の変更によって自動的に氏に変更されることはない。婚姻・離婚等によって自分の氏を変更したい者は、その氏名変更制度に則って変更手続きをすれ

ばよいことになる。このように、氏を身分関係の変更と関係のないものとする、同氏共同体という一定の集団を表示する氏の機能は失われる¹³⁶⁾。

これに対し、戦後の日本の氏に関する学説においては、氏の法的「性格」をめぐる議論がなされた。単なる個人の呼称とする説、家庭や家族共同体の名称とする説、氏を血縁・血統と結びつける説、同籍者集団の名称と捉え戸籍編製の基準とする説などが提示された¹³⁷⁾。このような法的性格に依拠した役割が、氏の機能に類似するものと捉えることも不可能ではない。しかし、ドイツの学説における氏の機能が氏の権利性に帰着したのとは対照的に、戦前の家制度を否定した戦後の日本の家族法において氏に権利性を持たせようとする議論はあまり進展しなかったようである。滝沢氏は、日本の学説においては「現状に含まれる問題点は必ずしも理論的に明確になされることがなかった。すなわち一九七六年の改正以降ドイツ法において論じられてきた婚氏制と男女平等あるいは個人の氏名権との相克という問題は、わが国ではそもそも法学的な議論の対象となりえず、夫婦同氏のそれなりの合理性と国民感情の支持を理由に容易に現状肯定が導かれたのである。」¹³⁸⁾と述べ、氏に関する規定の改正がなされないことについて、氏のもつ権利性について十分に論じられず、その法的意義が十分社会に認知されていないことを指摘している。

日本の氏の制度は、戦後の家族法改革から一度も改正を経ずに現在に至る。その理由は、制定時は戦後の日本社会にとってだけでなく、欧米諸国の制度と比較しても極めて先進的な規定であったため、人々に受容され定着するのに時間を要したためである。しかし、1990年代には家族をめぐる社会的環境が大きく変わり、時代が民法に追いついたとまで言われながら、未だに改正が進まない。その要因として、その条文構造が挙げられる。一般に法を好まないと言われる日本の国民性や、民法典自体が簡略な規定で成り立っているために¹³⁹⁾、現行民法750条には、当事者間で夫婦の氏を決定しない場合の規定がおかれていない。その一方で、ドイツの規定を見れば、婚氏を夫の氏に限定する1957年改正民法1355条や、1993年改正前までは夫婦が彼らの出生氏のいずれかを婚氏として決定しない場合に、夫の氏を婚氏とすることを定めた1976年改正民法1355条2項2文は、文言上明らかな男女不平等の規範であった。特に、1976年改正後の規定は、夫婦の氏についての合意がなくても婚姻自体は成立する規定であり、この点については日本よりも制度の運用が考えられているともいえる。しかし、1993年改正前のドイツ法は、現行の日本法と条文の実態がそれほど変わらないにもかかわらず「ドイツ民法

1355条2項2文のような規定がないため、違憲の判断が難しいのは確かである。』¹⁴⁰⁾と五十嵐氏は指摘する。なぜならこのような明白な形式的不平等の規定に対し、ボン基本法の男女平等原則を徹底させた1991年判決がきっかけになり、法改正が行われたからである。その際、その判決では直接合憲・違憲が争われなかった夫婦同氏原則についても裁判所が別氏制を設ける旨の決定を下したため、1993年改正は別氏制を許容したものとなった。日本の最高裁判所とドイツの連邦憲法裁判所の判決の効力の差異には留意する必要があるが、文言上は形式的平等が確保されている日本の民法750条は、裁判所で同氏制そのものを争うことは、ドイツの1991年決定の事情と比べても難しいといえる。

(2) 二つの国際的要請

ドイツにおいて夫婦の氏に関する規定の改正を推し進めるきっかけになったのは、国外からの男女の実質的平等を実現する立法を求める要請であった。第一の国際的要請があったのは、1945年に国連憲章が発行してから、1979年に女性差別撤廃条約が採択された時期は、国際的に人権の保障が進展した時期である。この時期の国際世論に後押しされる形で形式的男女平等が実現したのが1976年の民法改正である。ドイツは、ナチス政権の成立を許した反省から、人間の尊厳と人格の発展を最高価値と位置付けており¹⁴¹⁾、1957年の改正はボン基本法の規定に違反していることが問題の発端となったが、この改正も大きな視点でとらえれば、この第一の国際的要請の影響といえる。第二の国際的要請は、1992年のEC統合による影響である。EC統合に伴い、夫婦同氏原則を持たない周辺の西欧諸国と足並みを揃える必要があったことから、1993年の夫婦同氏を原則としながらも別氏に道を拓く改正が行われた。つまり、段階を踏んで行われたドイツの改正には、多様な家族のあり方を求める国民の要請に応えるだけでなく、2回の国外からの要請に応えたという側面もあったのである。むしろ、国内外双方からの要請は相互に影響し合っていたともいえる。

一方、日本の戦後の家族法改革は、第一の国際的要請が影響しているといえる。なぜなら、日本の家族法改革を主導した連合国こそが、国連を組織し国連憲章等で人権の重要性を唱えた戦勝国だからである。実際、GHQに提出した日本政府側の最終案では、夫婦は夫の氏を称することを原則とし、反対の意思表示があった場合にのみ妻の氏を称することとされていたが、GHQがこれを認めず現行の規定に変更させたという経緯がある¹⁴²⁾。このように、日本の家族法は、世界的

に展開された人権保障の要請の先駆けとしての戦後改革を経ているのである。しかし、その後女性差別撤廃委員会からの勧告を何度も受けているにもかかわらず、改正には至っていない。ドイツにとっての第二の国際的要請が、周辺国との関係で直接利害の発生する可能性があるものであり、1993年改正は、期限が迫る中で否が応でも高まった議論の末の改正であったといえるならば、日本が夫婦別氏制への道を拓くには、女性差別撤廃委員会からの勧告を上回るほどの、第二の国際的要請が必要なのではないだろうか。

(3) 通姓をめぐる環境の比較

通姓の使用についても日独でその社会的受容と法的意義を比較するため、通称使用の許容される範囲が問題となったドイツの判例（ケルン上級ラント裁判所1977年2月1日決定）を取り上げ、東京地裁平成5年11月19日判決と比較する。女性の社会進出に伴い、婚姻後も職業を続けようとする者は氏の変更によって生じる不利益を被るが、90%を超える夫婦が夫の氏を称する婚姻をする社会では、この不利益はほとんど一方的に女性の側が被る状態となる。このような状況は、日本だけでなく、1993年の民法改正前のドイツにも存在していた。そして、法律で夫婦別氏が認められていない以上、不利益を回避するためには、事実婚にとどめておくか、法律上は夫婦同氏とする婚姻届を提出し婚姻前の氏を「通称」として使用するか、どちらかの方法をとるしかない¹⁴³⁾。通姓使用に関する同様の訴訟が登場したということは、日本とドイツの氏をめぐる社会的背景に共通項が多いことを示しているといえる¹⁴⁴⁾。

本件の概要は次のとおりである。申立人の女性は1972年以降、ケルン上級ラント裁判所地区の公証人として勤務していた。1974年に婚姻後、1957年民法1355条により、婚氏に自分の出生氏を付加する意思を身分官吏に表示し、そのように登録簿に記載された。その後、申立人は職務に際し、自己の出生氏を称し続けたが、この呼称はケルン上級ラント裁判所長官およびライン公証人部長官の了承を得られなかったため、未婚時の氏を称し続ける権利があるとして訴えを提起した。その根拠としては、民法1355条が違憲であること、および、氏名の変更は申立人の重大な経済的不利益と結びついているため、商号権の原則の類推適用によって、職業活動における未婚時の氏の保持が承認されると主張した¹⁴⁵⁾。

しかし、ケルン上級ラント裁判所は、公証人としての職務に際して、民事上（法律上）の氏名を称することを義務付けられると判示し、申立人の請求を棄却した。

公証人の職務および公証制度一般の公共性から、公証人は民事上の氏名以外の氏名の使用を完全に禁止するという見解に立脚しており、商業登録簿のような公の登録簿が存在しないことから商号権の類推適用も認められなかった¹⁴⁶⁾。

東京地裁平成5年11月19日判決とケルン上級ラント裁判所1977年2月1日決定の共通点は、双方とも婚姻前に使用していた未婚時の氏を婚姻後に通称として使用することを求めた事例であること、当事者はいずれも女性であること、一方は国立大学の教官、他方は公証人という専門職であり公務員であること、そして原告の請求は棄却されたことの4点である¹⁴⁷⁾。本件のように女性が専門的な職業に就き、婚姻後もその職業を継続する場合には、「その者の同一性を確認するために、婚姻の前後で氏名の継続性を確保すること」¹⁴⁸⁾が必要となる。しかし、私立大学における通姓の使用が国立大学に比べて普及していることを背景に、勤務する大学が私立か国立かによって認められる通姓の使用範囲が異なることに疑問を呈する立場からは、同じ公的性格を有する職業であっても、裁判所の勤務と国立大学における研究活動の差異を重視し、「公証人については、厳格な規制に合理性があるが、国立大学教授について、公務員の通則を及ぼそうとする東京地判には賛成できない。」¹⁴⁹⁾との指摘もある。

富田氏は「ケルン上級ラント裁決定は、公証人については利益衡量を排除して、結論としては通称使用を認めなかったのであるが、商号に関する規定の類推適用の可否に対する判断に関しては、その理由を詳細に述べている。それに対して、東京地裁判決は……いかなる具体的事情があれば、通称使用が認められるのかについては何ら言及されていない。」¹⁵⁰⁾と指摘しており、通姓においても理論的土台がドイツに比べて脆弱であることが窺える。その上で、夫婦同氏原則による不利益の根本的解決は夫婦別氏制度の立法的措置だとしながらも、未だに立法への見通しが立たない日本においては、立法が実現されるまでの間、「解釈法学は敢えてそれから目を外らすのではなく、積極的に通称使用の許容される範囲を模索」¹⁵¹⁾すべきだと述べ、通姓の法的意義や権利性について理論を確立する必要性を説いている。

日本においてもドイツにおいても、今後も女性の社会進出が進み、既婚女性が専門的職業や責任の大きい地位に就くことはますます増加すると考えられる。婚姻前の氏を通姓として使用するのには、夫婦同氏原則による不便を解消するための措置であるから、通姓使用が増えれば増えるほど、夫婦同氏原則が現代社会に対応しきれていないことを如実に表しているといえる。日本社会においては、法改

正の停滞から、通姓使用が代替手段として普及してきたものの、このような傾向は、上記の富田氏の意見のように夫婦別氏制度実現までの補充的役割を果たすと捉えられることもあれば、平成27年最高裁判決のように夫婦同氏原則の不備を補い現行制度の維持を擁護する役割を果たすと捉えられることもある。そのため、今後通姓の使用が人々にどのように受容されるのか、また氏をめぐる法的議論の中で、どのように位置付けられるのかによって、夫婦同氏制度をめぐる議論の進展も左右される可能性があり、日本法における夫婦別氏への動きの中で、通姓の役割はきわめて重要といえる¹⁵²⁾。

2 夫婦別氏制の理論的根拠

前節では、ドイツの法改正の変遷と日本の現状を比較しながら、日本の氏に関する制度の今後の変革可能性を探った。そこで、仮に現在の日本が夫婦別氏制度の実現に向けた過程の最中にあるとするならば、現行民法750条に対しどのような法的アプローチが可能なのか検討する。

(1) 平等原則によるアプローチの限界

従来は、男女共同参画を実現する法制度を考える際には、平等や性差別の禁止を定める憲法14条が最も重要な規定のように考えられてきた¹⁵³⁾。しかし、日本の平成27年最高裁判決や、ドイツの1988年連邦憲法裁判所が判示するように、文言上両性に中立的な規定について違憲を主張する際、平等原則を根拠にすることは不十分である。なぜなら、妻と夫は平等に選択の機会をもっており、結果において夫の氏を選択する夫婦が圧倒的に多いというだけで、14条は結果における平等まで保障したものではないと考えられているからである¹⁵⁴⁾。平成27年最高裁判決は、社会に潜在する差別的な意識や慣習による影響を排除して実質的平等が保つことは憲法14条1項の趣旨に沿うものとするが、家族法制度を検討するにあたって考慮すべき事項であり、憲法24条の認める立法裁量の範囲を逸脱しているか否かの検討の際に留意すべきだと述べるにとどまっている。

また、憲法14条における平等は、権利や利益についての平等であり、その前提には、権利の内容が問題になる。辻村氏は、男女共同参画社会における平等とは「人権の内容に関係なく女性が男性と等しく扱われればよいというのではなく、男性も女性もともに人間として個人として人権を享受し、平等に人間らしい生活を送ること」¹⁵⁵⁾ であるとし、憲法13条の個人としての幸福追求権の実現が、そ

の理論的基礎となると述べる。そのため、従来の14条ではなく、幸福追求権や個人の尊重を唱える包括的規定の13条を男女の実質的平等の法的根拠とすべきである。

(2) 人格権の構成によるアプローチ

そこで、憲法13条による人格権構成から民法750条へのアプローチを検討する。人格権の概念は多岐にわたるが、人格権の定義は「主として生命・身体・健康・自由・名誉・プライバシーなど人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体」¹⁵⁶⁾とされる。現在は私法上の権利としてだけでなく、国連憲章やドイツのボン基本法を始め、各国の憲法で個人の尊厳を基礎とした基本的人権の一つとして位置付けられる。

一般的な人格権の法的性質としては、「人格権は物権と同様、排他性を有する絶対権であり、天下万人に対して主張できる権利」¹⁵⁷⁾であり、その侵害に対して妨害予防請求や、妨害排除請求(差止め請求)が可能である。また、「人格権は、ある人の人格に専属する権利」¹⁵⁸⁾であり、一身専属性がある。そのため、人格権そのものは譲渡や債権者代位権(民法423条1項但書)、相続(民法896条但書)の目的物とはならないが、人格権の侵害によりすでに(生前に)具現化している損害賠償請求権は、譲渡や相続の対象となるとされる。

日本国憲法には、人格権を直接に保護する規定はないが、今日の学説は、憲法13条より人格権を基本的人権の一つとして導き、憲法13条の幸福追求権を具体的な法的権利である包括的基本権ととらえ、そこから個別の権利を導き出している¹⁵⁹⁾。判例も、プライバシー権¹⁶⁰⁾や肖像権¹⁶¹⁾、氏名権¹⁶²⁾など民法に規定のない新たな人格権を承認するために、憲法13条を活用している¹⁶³⁾。そのため、13条は、新しい人権の根拠規定であり、権利保障の包括的規定としても重要な意義をもっているといえる¹⁶⁴⁾。

このような人格権のうち、夫婦同氏原則をめぐる議論で問題となるのは氏名権である。人の氏名は、長年の使用により、個人の人格を象徴するものとしてその人格の一部となるため、第三者による侵害から保護されるべき人格権の一つとしての氏名権が認められるようになった。このような氏名権は、自己の氏名の使用を他人が争ったり、ある人の氏名を他人が権限無く使用したりする場合に、これを禁止できる防衛的権利(氏名専用権)として具現化する¹⁶⁵⁾。

日本の民法には氏名権の規定はないが、最高裁はいわゆる「NHK日本語読み

事件」に対する昭和63年の判決で、「氏名は、社会的に見れば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人から見れば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一部分を構成する」¹⁶⁶⁾と述べ、氏名権を憲法上または私法上保護すべき人格権の一部として承認した。しかし、氏名権から派生するあらゆる権利・利益が憲法上保障されるわけではなく、氏名に関するいかなる内容の利益が問題となっているのか、それが憲法上の権利として保障される性格のものであるのかといった点を考慮する必要がある¹⁶⁷⁾。

近年、プライバシー権等の「人格権を自己情報のコントロール権、さらには自己決定権と特徴づける見解」¹⁶⁸⁾が有力になり、その影響で自己決定権としての氏名権を認めようとする学説が唱えられるようになった。五十嵐氏は、このような見解について、「個人の氏の取得は法律で定まり、名も本人自身が命名権を持つわけではないので、氏名における自己決定権には限界がある」¹⁶⁹⁾と留保しながらも、氏名権の自己決定権的側面が果たす役割は、一定範囲内で無視できないとし、「氏名権といえなくても、そこに氏名に関する人格的利益を認めることは許されるであろう。」¹⁷⁰⁾と述べている。そして、そのような氏名権の新しい態様のうち、「出生、またはその他の理由で取得した氏名を、原則としていつまでも保持する利益」¹⁷¹⁾を「氏名保持権」¹⁷²⁾と称して、1976年(昭和51年)改正によって民法767条2項で、離婚後も婚姻中の氏を称することができるようになったことは「氏名保持権の表れ」¹⁷³⁾と評価している。その上で、氏名保持権と民法750条の関係および妥当性について、夫婦同氏原則によって別氏を認めない民法750条は、憲法13条と24条に違反すると考える余地があると指摘している¹⁷⁴⁾。

ただし、最高裁判平成27年判決が判示するように、氏を含む婚姻および家族に関する法制度は、憲法上一義的には定められていないため、具体的内容は法律によって規律される。このように、一定の法制度を前提とする人格権や人格的利益は、具体的法制度において認められた利益については憲法の趣旨を踏まえて制度が構築されているか、認められていない利益についてはどのような制度を構築すべきかとの、2通りの観点において、憲法の趣旨が反映されることになる¹⁷⁵⁾。婚姻を希望する当事者双方が婚姻前の氏を維持したまま法律婚をすることで得られる諸利益は、現行制度において認められていないため、後者の場合にあたる。この判例理論にもとづけば、憲法24条2項の定める立法裁量内で定められた新しい制度について、裁判所の判断を仰ぐしかなく、具体的制度の欠陥を指摘するこ

とはできない。それでもなお立法不作為を指摘するか、現行制度による制約が人格的利益を侵害していると主張するならば、憲法24条2項の定める立法裁量を逸脱していないか検討する総合考慮において、夫婦同氏制度による制約が立法裁量を逸脱していることを証明しなければならない。平成27年最高裁判決では、氏を名と切り離された存在とし、家の呼称を表すものとして、制度上変更が予定されているとし、憲法24条2項の定める立法裁量を逸脱していないと判示した。この判断を覆すには、今後日本社会の中で、氏のもつ権利性がより認識されるとともに、それに派生する諸利益のうち自己決定権的側面をもつものについても、具体性や絶対性あるいは他人からの侵害の程度が大きい利益だと評価され、嫡出子の公示機能など同氏制による便益を上回る価値のある人格的利益であるとの理論が構築され、また社会的承認を得る必要があるのではないか。

3 夫婦同氏原則の今後の展望

本論は、第I章で日本における家族と氏を取り巻く社会の変化を概観し、また氏に関する制度と判例の変遷を明らかにした。第II章では、夫婦同氏制度をめぐる議論で重要な役割をもつ通姓の法的意義を考察した。第III章ではドイツの夫婦同氏制度の法的変遷を概観した。

以上を踏まえ、本章においてドイツの氏に関する規定の変遷と日本の現状を比較しながら、制度変化の要因を考察した。その結果、ドイツが漸次的に制度変化を達成した要因として、氏や家族のあり方が変化し、家族法制度に対するニーズが多様化したこと、および氏に対する多様なニーズについて法的理論が構築され、氏の権利性が強化されてきたことがわかった。それに加え、それらの国内での社会的下地を刺激する2回の国際的要請も、法制度の変革に大きな影響を与えていた。また本章では、日本の制度変化の可能性と、その場合の法的アプローチについても合わせて検討してきた。日本においても氏や家族のあり方は大きく変化し、人々の家族法制度に対するニーズも多様化してきているといえる。しかし、夫婦同氏制度をめぐる議論が多く重ねられたにもかかわらず、氏および立法化の立ち遅れによって普及した通姓の権利性についてはその重要性が十分認められていない。さらに、これらの内的要因と相互作用して制度変化のきっかけとなる外的要因として、GHQによる戦後改革が挙げられるものの、ドイツにおけるEC統合に代わるような第二の国際的要請は現時点ではないといえる。そこで、日本において今後の制度変化の要因となると考えられる、氏および通姓の権利性が強化さ

れる可能性と、第二の国際的要請の可能性について検討し、将来、日本において夫婦別氏制度が実現するかどうか、その展望を模索する。

もちろん、もし日本が夫婦別氏制の実現を達成したとしても、その制度変化の要因がドイツと同じであるとは限らない。しかし、伝統的に夫婦同氏を原則として家族共同体を構成してきたこと、女性の社会進出に伴って通姓の使用が広がったことなど、法制度においても社会的背景においても共通点の多いドイツの制度変化は、日本が今後法制度改革を伴う可能性のある社会的変化を迎える上で、参考にすべき事例であると考ええる。

まず、今後氏および通姓の権利性が強化される可能性について論じる。氏名について、個人を中心に人格的権利としてとらえる法的論理は、ヨーロッパの近代法が産み出したものであり、自己決定権という新しい要素で強化されながら、日本でも受け入れられつつある¹⁷⁶⁾。一方、伝統的な両親と未婚の子による核家族の世帯が減少し家族の形が多様化する中で、典型的な家族モデルを想定して氏や家族を規律することは難しくなったため、氏と家族に関する法制度の制度的性格は少しずつ後退しているといえる。

反対に、今後は、モデル化した家族像を想定した制度ではなく、多様な家族の多様なニーズに応え、当事者を支援する制度の設計が必要となるのではないだろうか¹⁷⁷⁾。夫婦別姓制度の導入を要求したり、通姓の使用範囲の拡大を許容したりする社会的な動きの広まりは、家族関係や氏の選択、通姓の使用にも、自己決定を求める社会的要請が大きくなっていることを意味し、同氏共同体への実感的な支持が減少してきたことは、もはや多様化する家族の実態に即しているとは言えなくなった現行制度への批判の現れであるともいえる。また、このような社会的動向は、単に女性が職業上不便だから旧姓を名乗りたいと希望しているだけではない。「氏は自分という個人に属する大切なもの」¹⁷⁸⁾ という価値観が社会に相当程度受容されており、自分の生来の氏を維持することで、家族制度や社会の固定観念に押し付けられた妻・母・嫁としての役割から解放され、個人として生き方の尊重や対等な夫婦関係を構築したいと希望する人々が一定数いて、そのような人々の存在を社会全体が認識し始めたといえる。

確かに、氏は、個人を他者から識別する機能があり、氏を戸籍に登録することによって、税・社会保障・パスポートなどの権利・義務の基礎となるという、公的な性格を有している。このような氏の識別機能は、どれほど氏や家族制度の制度的性格が後退しても、個人の同一性を確認する手段として、国家の統治上一定

程度は保持されるものと思われる。しかし、婚姻に際してどの氏を選択するかは、純粋な私事であるとともに、個人の人格を象徴する氏を選択することは、その個人の人生にとって重要な意義を有する選択であり、氏の人格的性格が尊重されるべき場面であるといえる¹⁷⁹⁾。

もっとも、個人の特定・識別に関して、氏は決して万能ではない。氏名にはいわゆる同姓同名が一定数存在し、氏名のみで個人の同一性を確実にすることは限界がある¹⁸⁰⁾。さらに、2013年に国会で成立した「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」に基づき、2016年度より税や社会保障の分野で個人番号の運用が始まった¹⁸¹⁾。このような個人の特定を可能にする制度は、今後の運用次第では、国家が統治上氏に期待する識別機能まで代替する可能性も考えられる。

このように、理論的にも、実際の社会の中でも、身分法秩序による氏名への統制力は、いずれにしても小さくなると予想される。したがって、氏や家族に関する制度の公的性格が後退すると、理論上、相対的に自己決定にかかわる氏の権利性が高まる可能性はあると考えられる。その場合には、ドイツの学説のように、氏の持つ識別機能と個人の人格権の調整が主な論点となり、どの氏を選ぶかという選択を、社会全体としてどの程度許容するか、ひいては社会変動に合わせてどのような制度を選択するかという社会選択の問題となると思われる。しかしこの調整は、ドイツに比べて日本の法制度にとっては困難を伴うと富田氏は指摘する。なぜなら、ドイツにおいては『複合氏』を形成するという妥協的解決も可能である。……それに対して日本においては、複合氏の形成が社会的に認知されることはほとんど考えられないであろう。それゆえ、日本における夫婦別氏論は、氏のもつ『家族的帰属機能』および『その他の帰属機能』という側面と『人格権』という側面との利益衡量を正面から行わなければならない¹⁸²⁾からである。

なお、本論で検討してきたのは概して婚姻に際し氏の変更を迫られる当事者の利益であったが、夫婦別氏制度を導入する上では子の氏に関する人格的利益も、当事者の利益と同様に重要であり、本論で検討できなかったことが悔やまれる。

次に、日本において氏に関する制度変化のきっかけとなる第二の国際的要請の可能性について論じる。前述のように、日本は、国連の女性差別撤廃委員会から繰り返し改正の勧告を受けているにもかかわらず、日本の制度を変えるきっかけには十分でないように見受けられる。それでは、夫婦同氏原則に根強いこだわりのある日本の社会通念を揺るがすほどの国外からの要請とはどのようなものが考

えられるだろうか。これは、おそらく近隣のアジア諸国との関係で要請されるものではないかと思われる。

ドイツの場合は、ECの統合が目前に迫った時点で出された連邦憲法裁判所によって夫婦別氏制度導入への道筋がつけられた。この背景には、ドイツの周辺の西欧諸国のほとんどは夫婦別氏制を採用しており、ECの統合によって人々の交流が活発化して異国籍婚の増加することで、氏をめぐる紛争も増加することが予想されたという事情があった。

日本の周辺のアジア諸国も、ほとんどが夫婦別氏制または選択的夫婦別氏制を採用しており、夫婦同氏原則を維持しているのは日本のみである。例えば、中国・韓国は伝統的に氏不変の原則を採っており、フィリピンは複合氏が可能であり、夫婦同氏原則を採っていたタイは2003年に憲法裁判所が違憲判決を下し2005年に法改正が行われて例外的夫婦別氏制が採られた。これらの国々との人的・物的交流が今後ますます増加することで、制度上も足並みをそろえることを要請される可能性が考えられる。さらに、日本における在留外国人の数も増加しており、特にアジア諸国出身のニューカマーと呼ばれる人々が日本で就業・定住する例が増加している。現在の戸籍法上、日本人と外国人の異国籍婚の場合は夫婦別氏を原則とし、同氏にすることもできる。しかし、異国籍婚の増加は別氏夫婦の増加につながり、在留外国人の出身国の制度との関わりで法制度の見直しの必要性が新たに発見される可能性もある。このように、家族のあり方が多様化する日本社会には、制度変化を求める「内なる国際的要請」も潜在しているといえるのではないだろうか。

ただ、国際的要請に後押しされる形での制度改革は、戦後の日本の家族法改革のように国内の習俗や慣習に比べて急進的で、国民の社会生活に受容されるまで長い年月を要することがある。また、学説上成熟した理論に基づく改正であったとしても、1996年の改正要綱案発表時のように従来の制度に馴染んだ人々の反発をうけることがある。国際的協調と国内の世論の成熟の双方に配慮する必要があるだろう。近時の世論調査では、別氏は許容しても子の氏は統一されるべきとの回答が多く見られる。また、夫婦別氏を望む声には、従来の女性の自己実現を求める理由だけでなく、少子化の進む社会において自己の家族の呼称を次世代に残したいとする理由もあり、一つの制度を求める理由も多様化している。そのような状況下では、個人の尊厳と国民感情とを折衷して、同氏原則を維持しつつ別氏を認める制度が妥当と考えられる。このように、個人の自己決定の要請と多様化

する社会的ニーズに応じて新たに承認された法制度こそ、家族法制度や法律婚への人々の信頼を取り戻し、よりよい民主主義社会の基盤となると考えられる。

最後に、本論の執筆中、2017年通常国会に婚姻適齢を定めた731条の改正法案が提出されるとの報道があった。1996年改正要綱で夫婦同氏原則と並んで検討された家族法の諸論点が、2013年以降実現しており、当時は時期尚早だったと言われた要綱案が20年近い年月を経てやっと日本社会全体の理解を得られたことが窺える。その一方で2016年10月11日の東京地裁¹⁸³⁾が私立中学・高校の女性教員の旧姓使用を認めない判決をしたことから、民法750条をめぐる議論は未だ社会的コンセンサスがとれていないことが窺える。本件の控訴審は2017年1月26日から始まる¹⁸⁴⁾ため本論ではその経過は追えないが、今後も注視したい。

- 1) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。
- 2) 久武綾子『夫婦別姓 その歴史と背景』世界思想社、2003年、108頁。
- 3) 辻村みよ子『概説ジェンダーと法 第2版』信山社、2016年、109頁。
- 4) 法務省 HP、選択的夫婦別氏制度（いわゆる選択的夫婦別姓制度）について <<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji36.html>>（2017年1月20日最終閲覧）。
- 5) 辻村・前掲注3）109頁。
- 6) 辻村・前掲注3）110頁。
- 7) 辻村・前掲注3）110頁。
- 8) 本山敦『家族法の歩き方 第2版』日本評論社、2013年、20頁。
- 9) 広渡清吾『ドイツ法研究 歴史・現状・比較』日本評論社、2016年、360頁。
- 10) 広渡・前掲注9）361頁。
- 11) 広渡・前掲注9）367頁。
- 12) 辻村・前掲注3）110頁。
- 13) 辻村・前掲注3）110頁。
- 14) 辻村・前掲注3）111頁。
- 15) 辻村・前掲注3）111頁。
- 16) 辻村・前掲注3）111頁。
- 17) 辻村・前掲注3）111頁。
- 18) 厚生労働省「人口動態統計」『少子化社会対策白書平成28年版』2016年、3頁。
- 19) 厚生労働省・前掲注18）3頁。
- 20) 内閣府大臣官房政府広報室、平成28年9月調査、男女共同参画社会に関する世論調査 <<http://survey.gov-online.go.jp/h28/h28-danjo/2-2.html>>（2017年1月20日最終閲覧）。
- 21) 辻村・前掲注3）111頁。
- 22) 辻村・前掲注3）111頁。

- 23) 辻村・前掲注3) 112頁。
- 24) 辻村・前掲注3) 19頁。
- 25) 辻村・前掲注3) 21頁。
- 26) 辻村・前掲注3) 21頁。
- 27) 辻村・前掲注3) 21頁。
- 28) 辻村・前掲注3) 21-22頁。
- 29) 辻村・前掲注3) 22頁。
- 30) 辻村・前掲注3) 36頁。
- 31) 辻村・前掲注3) iv頁。
- 32) 滝沢津代『選択的夫婦別氏性 これまでとこれから』三省堂、2016年、5頁。
- 33) 滝沢・前掲注32) 5-6頁。
- 34) 広渡・前掲注9) 362頁。
- 35) 広渡・前掲注9) 363頁。
- 36) 二宮周平・ジュリ1336号11頁。
- 37) 広渡・前掲注9) 363頁。
- 38) 二宮・前掲注36) 11頁。
- 39) 広渡・前掲注9) 363頁。
- 40) 「民法の一部を改正する法律案要綱案」ジュリ1084号126頁。
- 41) 広渡・前掲注9) 362頁。
- 42) 二宮・前掲注36) 11頁。
- 43) 滝沢・前掲注32) 7-8頁。
- 44) 滝沢・前掲注32) 8頁。
- 45) 滝沢・前掲注32) 9頁。
- 46) 法務省 HP・前掲注4) (2017年1月20日最終閲覧)。
- 47) 滝沢・前掲注32) 9頁。
- 48) 滝沢・前掲注32) 9頁。
- 49) 法務省 HP・前掲注4) (2017年1月20日最終閲覧)。
- 50) 内閣府大臣官房政府広報室、平成24年12月調査、家族の法制に関する世論調査
<<http://survey.gov-online.go.jp/h24/h24-kazoku/2-3.html>> (2017年1月20日最終
閲覧)。
- 51) 岐阜家判平成元年6月23日家裁月報41巻9号116頁。
- 52) 岐阜家判平成元年6月23日家裁月報41巻9号116頁。
- 53) 辻村・前掲注3) 117頁。
- 54) 東京地判平成25年5月29日判タ1393号81頁。
- 55) 東京高判平成26年3月28日ウエストロージャパン。
- 56) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。
- 57) 辻村・前掲注3) 118頁。
- 58) 羽生香織・法セ増(新判例解説 Watch) 19号109頁。
- 59) 浅倉むつ子「間接差別」法教315号2頁。

- 60) 中里見博・法教431号30頁。
- 61) 羽生・前掲注58) 111頁。
- 62) 畑佳秀・ジュリ1490号97頁。
- 63) 羽生・前掲注58) 109頁。
- 64) 卷美矢紀・論究ジュリ18号86頁。
- 65) 富田哲『夫婦別姓の法的変遷 ドイツにおける立法化』八朔社、1998年、211頁。
- 66) 滝沢・前掲注32) 10頁。
- 67) 滝沢・前掲注32) 10-11頁。
- 68) 滝沢・前掲注32) 11頁。
- 69) 滝沢・前掲注32) 10-11頁。
- 70) 富田・前掲注65) 211頁。
- 71) 東京地判平成5年11月19日判時1486号21頁。
- 72) 東京地判平成5年11月19日判時1486号21頁。
- 73) 五十嵐清『人格権法概説』有斐閣、2003年、159頁。
- 74) 内野正幸・判時1503号201頁。
- 75) 二宮周平・判タ855号54頁。
- 76) 久武・前掲注2) 137頁。
- 77) 井戸田博史『夫婦の氏を考える』世界思想社、2004年、96頁。
- 78) 滝沢・前掲注32) 11頁。
- 79) 滝沢・前掲注32) 9頁。
- 80) 久武・前掲注2) 112-113頁。
- 81) 久武・前掲注2) 138-139頁。
- 82) 久武・前掲注2) 140-141頁。
- 83) 久武・前掲注2) 142頁。
- 84) 内閣府大臣官房政府広報室、平成28年9月調査、男女共同参画社会に関する世論調査 <<http://survey.gov-online.go.jp/h28/h28-danjo/2-4.html>> (2017年1月20日最終閲覧)。
- 85) 内閣府大臣官房政府広報室、平成24年12月調査、家族の法制に関する世論調査 <<http://survey.gov-online.go.jp/h24/h24-kazoku/2-3.html>> (2017年1月20日最終閲覧)。
- 86) 広渡・前掲注9) 346頁。
- 87) 富田・前掲注65) 180頁。
- 88) 広渡・前掲注9) 371頁。
- 89) 富田・前掲注65) 17頁。
- 90) ドイツ連邦の各州法を指す。
- 91) 富田・前掲注65) 17-18頁。
- 92) 広渡・前掲注9) 348頁。
- 93) 広渡・前掲注9) 349頁。
- 94) 富田・前掲注65) 23頁。

- 95) 富田・前掲注65) 18頁。
- 96) 富田・前掲注65) 19頁。
- 97) 富田・前掲注65) 104頁。
- 98) 富田・前掲注65) 23頁。
- 99) 富田・前掲注65) 19頁。
- 100) 富田・前掲注65) 104頁。
- 101) 富田・前掲注65) 105頁。
- 102) 富田・前掲注65) 104頁。
- 103) 富田・前掲注65) 106頁。
- 104) 富田・前掲注65) 107頁。
- 105) 富田・前掲注65) 23頁。
- 106) 広渡・前掲注9) 346頁。
- 107) 富田・前掲注65) 24頁。
- 108) 富田・前掲注65) 26頁。
- 109) 富田・前掲注65) 27頁。
- 110) 富田・前掲注65) 28-29頁。
- 111) 富田・前掲注65) 29頁。
- 112) 富田・前掲注65) 32-33頁。
- 113) 富田・前掲注65) 110頁。
- 114) 富田・前掲注65) 111頁。
- 115) 富田・前掲注65) 111頁。
- 116) 富田・前掲注65) 115頁。
- 117) 富田・前掲注65) 122頁。
- 118) 富田・前掲注65) 146頁。
- 119) 富田・前掲注65) 145頁。
- 120) 富田・前掲注65) 145-146頁。
- 121) 富田・前掲注65) 153頁。
- 122) 富田・前掲注65) 155頁。
- 123) 富田・前掲注65) 153頁。
- 124) 広渡・前掲注9) 363頁。
- 125) 富田・前掲注65) 259頁。
- 126) 広渡・前掲注9) 363-364頁。
- 127) 富田・前掲(注65) 229頁。
- 128) European Community / 欧州共同体。
- 129) 富田・前掲注65) 179頁。
- 130) 富田・前掲注65) 180頁。
- 131) 富田・前掲注65) 263頁。
- 132) 広渡・前掲注9) 346頁。
- 133) 広渡・前掲注9) 355頁。

- 134) 富田・前掲注65) 181頁。
- 135) 広渡・前掲注9) 364頁。
- 136) 広渡・前掲注9) 364-365頁。
- 137) 富田・前掲注65) 181頁。
- 138) 滝沢・前掲注32) 305頁。
- 139) 滝沢・前掲注32) 305頁。
- 140) 五十嵐・前掲注73) 158頁。
- 141) 五十嵐・前掲注73) 14-15頁。
- 142) 広渡・前掲注9) 360頁。
- 143) 富田・前掲注65) 211頁。
- 144) 富田・前掲注65) 220-221頁。
- 145) 富田・前掲注65) 216頁。
- 146) 富田・前掲注65) 221頁。
- 147) 富田・前掲注65) 220頁。
- 148) 富田・前掲注65) 220-221頁。
- 149) 五十嵐・前掲注73) 159頁。
- 150) 富田・前掲注65) 221頁。
- 151) 富田・前掲注65) 222頁。
- 152) 滝沢・前掲注32) 11頁。
- 153) 辻村・前掲注3) 52-53頁。
- 154) 広渡・前掲注9) 361-362頁。
- 155) 辻村・前掲注3) 52-53頁。
- 156) 五十嵐・前掲注73) 10頁。
- 157) 五十嵐・前掲注73) 13頁。
- 158) 五十嵐・前掲注73) 13頁。
- 159) 五十嵐・前掲注73) 15頁。
- 160) 東京地判昭和62年11月20日判時1258号22頁、東京地判昭和39年9月28日下民集15卷9号2317頁。
- 161) 最大判昭和44年12月24日刑集23卷12号1625頁。
- 162) 最判昭和63年2月16日民集42卷2号27頁。
- 163) 最大判昭和61年6月11日民集40卷4号872頁。
- 164) 辻村・前掲注3) 52-53頁。
- 165) 五十嵐・前掲注73) 148-149頁。
- 166) 最判昭和63年2月16日民集42卷2号27頁。
- 167) 畑・前掲注62) 98頁。
- 168) 五十嵐・前掲注73) 157頁。
- 169) 五十嵐・前掲注73) 158頁。
- 170) 五十嵐・前掲注73) 158頁。
- 171) 五十嵐・前掲注73) 158頁。

- 172) 五十嵐・前掲注73) 158頁。
- 173) 五十嵐・前掲注73) 158頁。
- 174) 五十嵐・前掲注73) 158頁。
- 175) 畑・前掲注62) 98頁。
- 176) 広渡・前掲注9) 369頁。
- 177) 二宮・前掲注36) 17-18頁。
- 178) 広渡・前掲注9) 367頁。
- 179) 二宮・前掲注36) 18頁。
- 180) 富田・前掲注65) 222頁。
- 181) 内閣府官房 HP 個人番号制度 <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/bangoseido/>>
(2017年1月24日最終閲覧)。
- 182) 富田・前掲注65) 181頁。
- 183) 東京地判平成28年10月11日ウエストロージャパン。
- 184) 朝日新聞2017年1月25日朝刊社会面37頁。